



## **ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

INADECUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD  
PARA LOGRAR LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN LA CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA DEL SANTA – PERIODO 2016

**Línea de investigación: Procesos Jurídicos y Resolución de Conflictos**

Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

**Autor:**

Rojas Sánchez, Freddy Jovaldo

**Asesor:**

Aliaga Pacora, Alicia Agromelis  
(ORCID: 0000-0002-4608-2975)

**Jurado:**

Aramayo Cordero, Uriel Alfonso

Gonzales Loli, Martha Rocío

Cabrejo Omarchea, Napoleón

**Lima - Perú**

**2021**

**Referencia:**

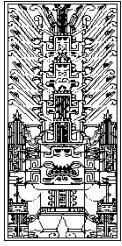
Rojas Sánchez, F. (2021). Inadecuación de la aplicación de la pena privativa de libertad para lograr la prestación de alimentos en la Corte Superior De Justicia Del Santa – periodo 2016. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Federico Villarreal]. Repositorio Institucional UNFV. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/5430>



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (CC BY-NC-ND)**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede generar obras derivadas ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



Universidad Nacional  
**Federico Villareal**

Vicerrectorado de  
**INVESTIGACIÓN**

**Escuela Universitaria de Posgrado**

**INADECUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERTAD PARA LOGRAR LA  
PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN LA CORTE SUPERIOR  
DE JUSTICIA DEL SANTA – PERIODO 2016**

Línea de investigación: Procesos Jurídicos y Resolución de Conflictos

**Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho**

**AUTOR**

Rojas Sánchez, Freddy Jovaldo

**ASESORA**

Aliaga Pacora, Alicia Agromelis

**JURADO**

Aramayo Cordero, Uriel Alfonso

Gonzales Loli, Martha Rocío

Cabrejo Omarchea, Napoleón

**Lima – Perú**

**2021**

Esta investigación se la dedico a mis amados abuelitos Pedro y Andrea, quienes partieron hacia la gloria de Dios. Siempre me enseñaron a ser una persona de bien, amable, que estudiase mucho para lograr mis metas y que nos mantuviéramos unidos como familia. También a mi querida tía Gladys que igualmente partió, una persona de gran corazón, entregada a su trabajo y su familia, y con una gran y admirable fortaleza.

## **Agradecimientos**

Agradezco a mis padres, quienes, con su esfuerzo, respaldo y amor, me han permitido estudiar, y poder llegar a cumplir este gran logro, que es la sustentación de mi tesis de doctorado.

Agradezco también a mis hermanos, con los cuales compartimos la fascinación por nuestras carreras, y el compromiso con la justicia social: un excelente médico con un prominente futuro; y un arquitecto con visión, pasión y mucha calidad humana; de quienes pese a ser el mayor, no he dejado de aprender.

Agradezco asimismo a mi familia; especialmente a mis abuelos, a mis tías y tíos; esas personas increíbles que me han criado, enseñado valores y dado mucho amor, los cuales están siempre presentes en mi vida, que no me alcanzara para retribuirles todo lo que han hecho por mí.

Finalmente, quiero agradecer a todas las personas que están con nosotros o que ya no lo están, cuyas ideas en libros, películas y otras obras artísticas, han logrado sensibilizarme y transmitirme todos esos sentimientos maravillosos sobre la vida, sobre nuestra naturaleza humana y sobre los ideales por los cuales vale la pena vivir, o incluso, heroicamente morir.

## Índice general

Dedicatoria .....	i
Agradecimientos .....	ii
Resumen .....	ix
Abstract .....	x
I. Introducción .....	1
1.1. El Planteamiento del Problema .....	2
1.2. Descripción del Problema .....	5
1.3. Formulación del Problema .....	9
1.3.1. Problema General .....	9
1.3.2. Problemas Específicos.....	9
1.4. Antecedentes de la Investigación .....	10
1.4.1. Antecedentes Internacionales .....	10
1.4.2. Antecedentes Nacionales.....	14
1.5. Justificación de la Investigación .....	17
1.6. Limitaciones de la Investigación.....	19
1.7. Objetivos .....	19
1.7.1. Objetivo General .....	19
1.7.2. Objetivos Específicos .....	20
1.8. Hipótesis.....	20
1.8.1. Hipótesis General .....	20
1.8.2. Hipótesis Específicas.....	20
II. Marco Teórico .....	22

2.1. Abordaje Filosófico.....	22
2.1.1. Abordaje Ius Filosófico del Derecho a Percibir Alimentos.....	22
A. El Neoconstitucionalismo.....	25
a. Neoconstitucionalismo Teórico.....	27
b. Neoconstitucionalismo Ideológico.....	28
c. Neoconstitucionalismo Metodológico.....	29
d. Cambios que Supone el Neoconstitucionalismo .....	29
e. Características del Neo Constitucionalismo .....	31
f. El Paradigma Neoconstitucional en el Derecho Peruano.....	34
B. Los derechos Fundamentales.....	39
a. Fundamentación Filosófica de los Derechos Fundamentales.....	41
b. Características de los derechos fundamentales .....	44
c. Los Derechos Fundamentales como Principios.....	45
ser complementos sujetos a su constitucionalidad. ....	48
d. Los Principios como Mandatos de Optimización.....	49
C. El principio de Proporcionalidad.....	51
a. Examen de Idoneidad .....	55
b. Examen de Medio Alternativo (necesidad).....	56
c. Examen de Proporcionalidad en Sentido Estricto .....	59
d. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	60
D. Derecho Fundamental a Percibir Alimentos.....	65
a. Posiciones Sobre la Naturaleza del Derecho a Percibir Alimentos .....	65
b. Carácter del Derecho Fundamental del Derecho a Percibir Alimentos.....	68
c. El Derecho Fundamental a Percibir de Alimentos en la Jurisprudencia. ....	75
d. Implicancia del Carácter de Derecho Fundamental. ....	78

2.1.2. Abordaje Ius Filosófico de la Pena Privativa de Libertad.....	84
A. La Justificación del Castigo .....	85
B. El ser del Sistema Punitivo y de la Pena.....	88
a. Intervención Punitiva del Estado.....	88
b. Objeto de Protección del Sistema Punitivo .....	92
C. Las Teorías de la Pena.....	94
a. Las Teorías de la Prevención.....	95
b. Teoría de la Prevención General Negativa.....	96
c. Teoría de la Prevención General Positiva.....	97
d. Teoría de la Prevención Especial Negativa y Positiva .....	98
e. La Teoría de la Unión.....	99
f. La Función de Reestabilización de la Pena.....	100
2.2. Abordaje Teórico.....	104
2.2.1. El derecho a Percibir Alimentos.....	104
A. Antecedentes Históricos .....	104
B. Concepto y Alcances .....	105
C. Fundamento del Derecho a Percibir Alimentos.....	107
D. El concepto Jurídico de “Alimentos” .....	111
E. Fundamento de la Obligación Alimentaria .....	116
F. Tutela Jurisdiccional del Derecho a Percibir Alimentos .....	119
a. La Coacción como Elemento Esencial de la Tutela de los Derechos.....	119
b. Tutela Reparadora y Tutela Protectora.....	120
G. Tutela Procesal Civil del Derecho a Percibir Alimentos.....	123
a. Necesidad de Tutela Frente al Incumplimiento Alimentario.....	123
b. El Proceso Civil y sus Fines.....	125



c. El proceso de Ejecución .....	128
d. Clases de Ejecución.....	130
e. Las “Astreintes” .....	132
f. Proceso de Alimentos y Ejecución en Nuestra Legislación.....	136
g. Conminación Punitiva como Medida de Ejecución Judicial.....	141
h. La Medida de Apremio Personal del Derecho Comparado.....	142
2.2.2. La Aplicación de la Pena Privativa de Libertad a los Deudores Alimentarios.....	152
A. La Criminalización del Incumplimiento Alimentario .....	152
a. El Derecho a Percibir Alimentos como Bien Jurídico Penal.....	152
b. El Delito de Omisión de Prestación de Alimentos.....	161
B. La Ejecución Penal y el Incumplimiento Alimentario .....	169
a. Formas de Ejecución Penal .....	169
b. Determinación de la Pena.....	171
c. Ejecución de la Pena por Incumplimiento Alimentario.....	174
d. El Problema de la Privación de Libertad de los Deudores Alimentarios que Cumplieron el Pago de las Pensiones Alimenticias Adeudadas e Indemnización. ....	177
e. Represión Penal del Incumplimiento Alimentario en el Derecho Comparado.....	182
2.3. Marco Conceptual .....	197
III. Método .....	199
3.1. Tipo de Investigación .....	199
3.2. Población y Muestra.....	200
3.2.1. Población.....	200
3.2.2. Muestra.....	201
3.3. Operacionalización de las Variables .....	201
3.3.1. Variables .....	201

3.3.2. Operacionalización.....	202
3.4. Instrumentos.....	205
3.4.1. Los Instrumentos de Recolección de Datos .....	205
3.4.2. Pruebas de Análisis de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos .....	205
3.5. Procedimientos.....	206
3.6. Análisis de Datos.....	208
IV. Resultados .....	209
4.1. Resultados Descriptivos de las Variables.....	209
4.1.1. Resumen de los Datos Relativos a los Resultados .....	209
4.1.2. Tablas de Frecuencias .....	211
4.1.3. Pruebas de Normalidad .....	219
4.1.4. Prueba de las Hipótesis .....	227
V. Discusión de Resultados.....	239
5.1. Sobre los resultados de la encuesta .....	239
5.2. Sobre las frecuencias.....	247
5.3. Sobre las pruebas de normalidad.....	248
5.4. Sobre la prueba de las hipótesis .....	249
5.5. Contrastación con el marco filosófico y teórico.....	259
5.6. Contrastación con los resultados de otras investigaciones .....	285
VI. Conclusiones .....	311
VII. Recomendaciones .....	312
7.1. Propuesta de modificación de la legislación .....	312
7.2. Propuesta de modulación provisional de los efectos de la legislación actual .....	324
VIII. Referencias Bibliográficas .....	327
IX. Anexos .....	338

Anexo A: Matriz de consistencia .....	338
Anexo B: Encuesta para medir la relación entre las variables aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa por el periodo 2016. ....	343

## Resumen

El propósito de la investigación, ha sido determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016. El enfoque de la investigación ha sido cualitativo, con una metodología sustantiva y descriptiva, de diseño correlacional. La técnica aplicada fue la encuesta. El principal resultado obtenido fue que, conforme a la muestra de la investigación, existe una correlación negativa o inversa de grado considerable entre las variables en estudio: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas; esto es, que, a la mayor presencia de la primera variable en la muestra, menor fue la presencia de la segunda. En base a ello, confirmándose la hipótesis, se concluyó que cuanto mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016; lo cual puede indicar que la aplicación de pena privativa de libertad no es la medida más adecuada para lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos, pudiendo suponer incluso lo contrario, conforme aparece también de la teoría e investigaciones; por lo que, se recomendó la reevaluación de la forma de emplear la privación de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, como una medida de apremio personal, regulada en el derecho comparado, y no como pena, que implica características y consecuencias más adecuadas.

**Palabras clave:** Alimentos, Deudor alimentario, Pena privativa de libertad.

### **Abstract**

The purpose of the investigation has been determining what is the relationship between the application of custodial sentences to food debtors and the provision of food to food in the Santa Superior Court of Justice for the 2016 period. The research approach has been qualitative, with a substantive and descriptive methodology of correlational design. The applied technique was the survey. The main result obtained was that, according to the research sample, there is a negative or inverse correlation of considerable degree among the variables under study: (1) Application of the custodial sentence to food debtors, and: (2) Provision of food to the food people; that is, that the greater presence of the first variable in the sample, the lower was the presence of the second. Based on this, confirming the hypothesis, it was concluded that the greater the application of the sentence of imprisonment to food debtors, the lower was the provision of food to the dietitians of the Superior Court of Justice of Santa, for the period 2016 ; which, if generalized, would indicate that the application of custodial sentence is not the most adequate measure to achieve compliance with the provision of food, and may even suppose the contrary, contradicting its theoretical purposes; therefore, it was recommended to reassess the way to use the prison to deal with food non-compliance, as it could be, through its use as a means of coercion and not as custodial sentence, which implies more appropriate characteristics and consequences for your object.

**Keywords:** Food, Debtor of food, Penalty of imprisonment.

## **I. Introducción**

En el presente trabajo se ha investigado la inadecuación de la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios para lograr la prestación de alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016. Subyace, el derecho constitucional y convencional de las personas necesitadas, al derecho a prestar alimentos, que requiere ser asegurado como derecho fundamental, tanto por los particulares como por el Estado. Pero, no obstante, al reconocimiento de este derecho a nivel mundial, el incumplimiento alimentario es un fenómeno reiterativo, un grave problema que, hasta el momento, no ha podido ser solucionado.

Siendo el carácter del problema, se ha requerido evaluar la adecuación del mecanismo especialmente grave regulado a nivel mundial para hacer frente al incumplimiento alimentario: la pena privativa de libertad. Y en ese sentido, verificar esta adecuación, en una muestra de alimentistas y sus casos en concreto, que pueda generalizarse a la población, del año 2016. Y así determinar, si en los casos de la muestra, generalizables a la población, en base al análisis estadístico, hay o no una correlación, negativa o positiva, entre la aplicación de pena privativa de libertad y la prestación de alimentos a los alimentistas. Y luego, contrastar estos resultados con la revisión teórica y con los antecedentes de la investigación.

Para ello, como primera parte, se encontrará en el presente trabajo, en primer lugar, el planteamiento del problema, por el cual se define su carácter y definiciones para su abordaje. En segundo lugar, la descripción del problema, por el cual se presenta de forma global, y particular del territorio de la muestra estudiada, las identificaciones claras del fenómeno estudiado y sus circunstancias. En tercer lugar, la formulación del problema, del cual se permite, a partir del planteamiento y descripción del problema, la obtención del

problema general y los problemas específicos de la investigación. En cuarto lugar, se tienen los antecedentes de la investigación, tanto internacionales como nacionales, que se vinculan a las temáticas materia de investigación. En quinto lugar, la justificación de la investigación, por la cual se explican las razones que de importancia de la concreción del presente trabajo. En sexto lugar, las limitaciones de la investigación, mediante las cuales se expresa el limitado alcance regional y temporal de la investigación, debido a la magnitud que implica y las capacidades económicas y de recursos del investigador. En séptimo lugar, los objetivos de la investigación, tanto general, como específicos. Y correlativamente, en octavo lugar, las hipótesis de la investigación, tanto general como específicas.

En segunda parte, el marco teórico, que contiene el abordaje filosófico y luego teórico sobre los conceptos del derecho a percibir alimentos y la pena privativa de libertad, culminando con el marco conceptual. Luego, en una tercera parte, tenemos el método empleado para la investigación, definiendo el tipo, nivel y diseño de la investigación; la población y muestra, y la Operacionalización de las variables. Y seguido, las técnicas, procedimientos empleados, así como el análisis de datos.

En la cuarta parte, se exponen los resultados de la investigación, y en su quinta parte, la discusión de los mismos, Finalmente, como sexta parte las conclusiones, y como séptima parte las recomendaciones.

### **1.1. El Planteamiento del Problema**

Por prestación de alimentos a los alimentistas, se entiende a la acción de cumplimiento de la obligación de prestar alimentos por parte de los deudores alimentarios (personas a quienes la legislación les asigna tal obligación), para con los alimentistas

(personas a quienes la legislación les asigna la calidad de beneficiarios), en virtud del derecho que tiene estos últimos a percibir alimentos.

El objeto de la prestación que los deudores alimentarios deben proporcionar a los alimentistas, son los alimentos, que se conforman, por distintos conceptos, como las sustancias requeridas para la alimentación y sustento, la habitación, el vestido, la educación, instrucción, capacitación para el trabajo, asistencia médica, psicológica y recreación, incluso los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

En efecto, se refiere a los distintos conceptos como son los alimentos propiamente dichos, la habitación, el vestido, educación, entre otros, que requieren ser percibidos por el alimentista para su desarrollo integral, pues sin ellos, le sería imposible, o en todo caso, dificultoso tener un desarrollo normal, en tanto que presuponen la existencia de un estado de necesidad de la persona, por el cual no le es posible agenciarse por sí mismo de los medios para su subsistencia, como es el caso, de los niños y adolescentes, los adultos mayores, los incapacitados, entre otros.

Sin embargo, no obstante al reconocimiento del derecho a percibir alimentos a nivel mundial y con él la obligación de prestar alimentos, los deudores alimentarios suelen incumplir dicha obligación, generando al fenómeno presente en distintos países del incumplimiento de la prestación de alimentos, el cual genera serias dificultades sociales, en tanto que la falta de recursos lleva a que las personas que no reciben el apoyo alimentario requerido, se vean mermados en sus desarrollos, e incluso, en casos extremos, en su salud y vida, dada la falta de asistencia necesaria requerida.



Se trata de un problema mundial y de larga data, por lo que, en cada ordenamiento jurídico del planeta, se han desarrollado mecanismos para su combate y lograr que los deudores alimentarios no se sustraigan de su obligación y satisfagan las necesidades de los alimentistas, tan imprescindibles para garantizarles su adecuado desarrollo y la realización de sus derechos.

De entre estos mecanismos, se tienen los que comúnmente son utilizados por el derecho procesal civil, como la ejecución forzada contra el patrimonio del deudor; empero, no obstante, su agresividad, no habiendo resultado eficaces para combatir el incumplimiento alimentario, ello ha llevado comúnmente a la utilización de la privación de libertad del deudor alimentario, como última medida y de la mayor gravedad para hacer frente al incumplimiento alimentario.

Esta utilización de la privación de la libertad del deudor alimentario, suele emplearse conforme se denota a nivel mundial, bajo 2 formas distintas: la primera, es bajo la forma de pena privativa de libertad, con una regulación de carácter penal.

En efecto, la pena privativa de libertad, es un tipo de pena, que consiste como su nombre lo indica, en la privación del derecho a la libertad personal de un ciudadano, que se da obligándosele a permanecer recluido en un establecimiento penitenciario, como consecuencia de haber sido condenado por la comisión de un delito.

Concebida como pena, de entre distintas posiciones teóricas, conforme a la posición mayormente aceptada, se sustenta que con la privación de libertad, se busca ofrecer una protección a los ciudadanos y a sus bienes jurídicos, a través de los fines preventivos de la pena, como son: 1) la prevención general negativa, a través de la intimidación que genera el miedo a la pena disuadiendo la comisión de delitos; 2) la prevención general positiva, con el

refuerzo a la conciencia social a través de la confirmación de las expectativas normativas con la ejecución del castigo; 3) la prevención especial negativa, con el efecto concientizador de la privación de libertad en el sentenciado, para que no vuelva a cometer delitos, y; 4) la prevención especial positiva, a través del tratamiento penitenciario que busca reeducar, resocializar y reintegrar al penado a la sociedad, para que no vuelva a delinquir.

En ese sentido, la aplicación de la pena privativa de libertad de los deudores alimentarios, se configura como una de las formas empleadas a nivel mundial para hacer frente al incumplimiento alimentario, a través de los efectos que se logra con la misma, mayormente orientada, a prevenir que en el futuro se den nuevos incumplimientos alimentarios.

Empero, la privación de libertad como medida para hacer frente al incumplimiento alimentario, puede ser también concebida bajo otra forma de regulación, que es, como una medida de un apremio personal, con la cual, se busca coaccionar al deudor alimentario para que cumpla con su obligación de prestar alimentos.

Se plantea así, que, existiendo distintas formas de empleo de la privación de la libertad del deudor alimentario como medida para hacer frente al incumplimiento alimentario, corresponde determinar si nuestra legislación, ha optado por la medida adecuada, o si, por el contrario, es inadecuada, para a partir de ello, sugerir alternativas de mejora.

## **1.2. Descripción del Problema**

A nivel global, tenemos que países como Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Panamá y Paraguay, hacen frente al problema del incumplimiento alimentario con la aplicación de la privación de libertad a los deudores alimentarios, bajo una regulación penal, recalcando, que a diferencia de estas regulaciones, se tienen otras como la

de Chile, que no reprimen penalmente el mero incumplimiento de la prestación de alimentos, sino en cuanto se da mediando supuestos de mayor reprochabilidad y lesividad, como cuando como consecuencia del incumplimiento, se generan lesiones graves y hasta la muerte del alimentista.

Empero, como se ha indicado, la privación de libertad como medida para hacer frente al incumplimiento alimentario, puede ser también concebida bajo otra forma de regulación, que es, como una medida de un apremio personal, con la cual, se busca coaccionar al deudor alimentario para que cumpla con su obligación de prestar alimentos. Este tipo de regulación, la encontramos en Chile, que contempla en su legislación la figura del arresto, que es uno de los apremios personales para obtener coercitivamente el cumplimiento de la prestación de alimentos. Asimismo, también la encontramos en las legislaciones de Ecuador, Bolivia y Costa Rica, no obstante que, en el caso de estos dos últimos países, mantienen también paralelamente una regulación penal del incumplimiento alimentario. Por supuesto, esta regulación de la medida de apremio personal, tampoco está exenta de críticas.

En el Perú, desde el año 1962, se implementó el uso de la privación de libertad para hacer frente a este problema, con la Ley N° 13906, denominada “Ley de Abandono de Familia”, a lo cual le ha seguido su regulación en el Código Penal de 1991, con el delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en su artículo 149, no habiéndose previsto en nuestra historia legislativa, pese a su habilitación en las Constituciones de 1979 y últimamente en la de 1993, otra forma de utilizar la privación de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, como con una medida de apremio personal similar a las del derecho comparado.

No obstante, la experiencia suele denotar las distintas dificultades y problemas que ocasiona el uso de la privación de libertad como pena para hacer frente al incumplimiento alimentario. De ello, tenemos los casos de sentenciados por el delito de omisión de prestación de alimentos, quienes habiendo sido condenados a una pena efectiva o que se hizo efectiva tras revocarse su suspensión, cumplen finalmente con su deuda alimentaria, solicitando con ello su libertad, empero la rigidez y estructura de la regulación penal no permite tal posibilidad, ocasionando privaciones de libertad irrazonables de los deudores alimentarios que perjudica a los propios alimentistas, puesto que se imposibilita que los obligados alimentarios puedan trabajar y continuar pasando alimentos. Esta problemática, se vio, por ejemplo, de modo indirecto, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Jueces Superiores en la ciudad de Arequipa los días 16 y 17 de noviembre del 2012. Asimismo, en distintos pronunciamientos jurisprudenciales, como la Casación N° 189 – 2011 – Huaura, del 16 de octubre del 2013, y la Casación N° 382-2012 La Libertad, del 19 de octubre del 2013.

A nivel local, tenemos que, en la Corte Superior de Justicia del Santa, también se han visto distintos casos en los que se evidencian las referidas dificultades y problemas que genera el uso de la privación de libertad como pena para hacer frente al incumplimiento alimentario. De ello, tenemos un caso representativo que al haberse aplicado control difuso, fue elevado en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual emitió la resolución de Consulta N° 13825-2015 Del Santa, del 23 de marzo de 2016, donde se puso de manifiesto la desproporcionalidad e inconstitucionalidad, que por la propia regulación penal se hace, de mantener privado de libertad a un sentenciado que ha cumplido el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y reparación civil, siendo que ello termina perjudicando finalmente a los propios alimentistas.

Sobre ello no puede perderse de vista, que según las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario (2016), en diciembre del año 2016, de un total de 2,584 internos que conformaba la población penitenciaria en el Establecimiento Penitenciario de Chimbote, 115 fueron internos por la comisión del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria (4,4 % de la población general). Mientras que, en diciembre del 2017, de un total de 2,857 internos que conformaba la población penitenciaria en el referido establecimiento penitenciario, 103 fueron internos por la comisión del referido delito (3,6 % de la población general) (INPE, 2017). Y en agosto del 2018, de un total de 3,095 internos que conformaban la población penitenciaria en el referido establecimiento penitenciario, 120 fueron internos por la comisión del delito en mención (3,8% de la población general) (INPE, 2018). Denotándose así que, si bien se mantienen las cifras de privados de libertad por este delito, no se tiene una evaluación de si ello es adecuado para lograr los fines de pago de pensiones que se pretende corregir, esto es, si tal privación de libertad de estas personas cumple una utilidad a los fines del derecho a percibir alimentos.

La presencia de estas dificultades y problemas, sobre todo frente a problemas tan graves como el mantenimiento irracional de la privación de libertad de quienes ya han cumplido su obligación alimentaria, hace visible que su regulación penal no parece ser la más adecuada para tutelar el derecho a percibir alimentos, y en específico, para fomentar la efectiva prestación de alimentos a los alimentistas, mucho más, en comparación con medidas como apremio personal, que parece ser más adecuada a la naturaleza del conflicto alimentario y a la finalidad que se busca, de lograr la prestación efectiva de alimentos.

Pero además, se tiene que siendo lo que se pretende tutelar con el uso de la privación de libertad, el derecho a percibir alimentos, que tiene reconocimiento constitucional y convencional, conforme a la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, su reconocimiento como un derecho humano y fundamental, y fundamentalmente, como un principio que conlleva a la obligación jurídica de ser optimizado, importa que su regulación legal no puede ser de cualquier forma, sino la más óptima y que no implique restricciones irrazonables, sobre todo, para el propio derecho a percibir alimentos, y la finalidad política de lograr la prestación efectiva de alimentos.

Por ello, se formuló como problema de la investigación, el siguiente.

### **1.3. Formulación del Problema**

#### ***1.3.1. Problema General***

¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?

#### ***1.3.2. Problemas Específicos***

- ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?
- ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?

- ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?

#### **1.4. Antecedentes de la Investigación**

##### ***1.4.1. Antecedentes Internacionales***

**Arce, R.** (2016), en su tesis de maestría por la Universidad de Chile, investigó: La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) que referente a la excepción a los “deberes alimentarios”, la doctrina totalitaria, incluso quienes están a favor de la aplicación del apremio de arresto, indican que la compensación económica no es de naturaleza alimenticia, por lo cual dicha excepción no sería aplicable; 2) las posiciones doctrinales proclives a la aplicación del apremio de arresto se sustentan en la construcción de naturalezas jurídicas similares a las alimenticias, aun si no son propiamente de dicha naturaleza (por ejemplo, la naturaleza asistencial) o en necesidades prácticas de subsistencia, como del cónyuge más débil luego del divorcio.

**Villa, C.** (2017), en su tesis de licenciatura por la Universidad de Chile, investigó: El Apremio de arresto civil y su relación con la prohibición internacional de la prisión por deudas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) que en la legislación de Chile, hay una deficiente regulación de la institución del apremio de arresto civil, debido a que se presentan situaciones límite y de duda sobre su adecuación con la obligación internacional de prohibición de la prisión por deudas (inciso 2 del artículo 5 de la Constitución chilena); 2) que la tendencia en el derecho comparado ha sido de no emplear el arresto civil como medio

para lograr el pago de obligaciones pecuniarias, lo cual ha quedado relegado en muchos países solo para los casos de las obligaciones hacer, que están fuera de la prohibición de prisión por deudas, empero por si se han aplicado tipificaciones delictivas que sancionan el incumplimiento, pero que tienen como base el fraude o dolo en el accionar, y que tiene cabida de manera relevante, como medio para lograr el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, la institución de la *astreinte*; 3) que según la jurisprudencia internacional, se entiende que la prohibición de la prisión por deudas implica únicamente a las deudas contractuales civiles, no tomándose en cuenta, que la Convención Americana de Derechos Humanos, regula una prohibición general, donde no se distingue si el origen de la deuda es contractual, legal, o de cualquier otro tipo, considerando que si no hay distinción realizada por el legislador, no cabe vía interpretación, por lo que siempre que haya privación de libertad por el incumplimiento de una obligación de dar expresada en dinero, se configurará una prisión por deudas; 4) el arresto civil debe entenderse como medida de última *ratio*, puesto que hay medios distintos al mismo con los cuales se logra el cumplimiento de una deuda, tal así el derecho de prenda general o la institución de la *astreinte*, considerando que al carecer para su aplicación, de reglas o estándares lo suficientemente delimitados, se emplean criterios meramente apreciativos que potencialmente podrían generar malos resultados, como la privación o restricción de la libertad personal, siendo que el arresto civil es efectivo pero asimismo el medio más gravoso; 5) se presenta una colisión entre el derecho fundamental a la libertad personal y el derecho del acreedor a conseguir su pago, frente a lo cual tiene que analizarse, que realmente exista un derecho fundamental subyacente a la deuda que precise de protección al nivel de justificar la restricción a la libertad personal, lo cual sería por ejemplo cuando tiene cabida el derecho a la vida al que se da protección vía la pensión de



alimentos o las acreencias previsionales, para con ello determinar si es adecuado obtener el cumplimiento de la obligación pecuniaria con el arresto u otro medio menos gravoso; 6) opina sobre la incorrección de que por medio de la ley se puedan crear ficciones legales asimilando otras obligaciones a las de carácter alimentario, que tienen una naturaleza excepcional, con el objeto de aplicar el apremio de arresto.

**Méndez, S.** (2014), en su tesis de licenciatura por la Universidad Central del Ecuador, investigó: El apremio personal su aplicación y restricción en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) el derecho de alimentos se desprende de la naturaleza especial de las relaciones familiares; 2) el ordenamiento jurídico debe asegurar la efectividad del derecho de alimentos, por lo cual se han creado en la legislación una serie de mecanismos coercitivos, de ellos los denominados “apremios”, que se configura como una medida cautelar (sin conocimiento del afectado), que considera viola derechos fundamentales constitucionales; 3) en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, hay una persistente tensión, debido a que el apremio personal en relación al no pago de las pensiones alimenticias, implicaría una regulación inhumana, que genera inseguridad jurídica y desacierto con los involucrados en la administración de justicia; 4) la disposición legal del apremio personal regulada en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es radical y contraria a los derechos fundamentales del obligado alimentario, al tratarse de un discriminatorio que atenta contra la familia, célula fundamental de la sociedad, al causar empobrecimiento, rompimiento de la pareja y el fomento de una paternidad irresponsable; 5) se han regulado cambios interesantes en lo referente a la ejecución de las resoluciones que fijan pensiones de alimentos, que con su adecuada utilización, van a generar realmente el cumplimiento del

pago de las mismas, precisando de una debida adecuación del problema en los supuestos normativos, especialmente en materia de prueba.

**Salazar, M.** (2014), en su tesis de licenciatura por la Universidad Autónoma de los Andes “UNIANDES” de Ecuador, investigó: El apremio personal en el juicio de alimentos y el derecho al trabajo, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) de las personas encuestadas, hay un gran porcentaje de acuerdo con que se deba sustituir la medida cautelar de la privación de la libertad por una medida menos severa o que se aplique pero de forma regulada, ampliándose su tiempo de giro; 2) de la gran mayoría de las personas encuestadas que han sufrido privación de libertad, tuvieron distintos problemas en su trabajo, la mayoría lo perdió, implicando una complicación de su situación.

**Carpio, C.** (2007), en su tesis de licenciatura por la Universidad de Costa Rica, investigó: Apremio corporal en materia de pensiones alimentarias: ¿Solución o problema?, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) la institución del apremio corporal por pensiones alimentarias tiene una regulado aceptable en la legislación de Costa Rica y un buen desarrollo jurisprudencial por la Sala Constitucional, pero que sin embargo, en la actualidad no reporta una salida efectiva al problema del incumplimiento de las pensiones alimentarias; 2) en Costa Rica, se presenta la tendencia de que cuando un problema, como es el caso del incumplimiento alimentario, afecta de forma considerable a los ciudadanos, la solución legislativa que se emplea, es regular como medida la aplicación de la privación de la libertad, pero que ella por sí sola, no es una solución al problema del incumplimiento alimentario; 3) muy por el contrario, la aplicación de la privación de libertad como medida para hacer frente al incumplimiento alimentario, generan aún más problemas, como la suspensión de la obligación de prestar alimentos del deudor alimentario en el tiempo

en que se encuentra privado de su libertad en un centro penitenciario, generando con ello, que los alimentistas no tengan de igual forma como satisfacer sus necesidades.

**Maris, S.** (2006), en su tesis de licenciatura por la Universidad Abierta Interamericana, investigó: El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos, siendo su conclusión más relevante en relación al objeto de estudio: No es plausible el aumento de la sanción penal por el incumplimiento alimentario, ni aconsejable que en la mayoría de casos se condene a una prisión efectiva, ni que se aplique la misma en su forma más perjudicial, pues ello solo implica mayores dificultades, tal como la pérdida de la fuente de ingresos del obligado alimentario y de su libertad ambulatoria, lo que pena a los alimentistas en una situación económica y emocional mucho más grave que las que tenían cuando se dio el incumplimiento alimentario y posterior privación de libertad del obligado alimentario.

#### ***1.4.2. Antecedentes Nacionales***

Mi persona, **Rojas, F.** (2017), en mi tesis de maestría por la Universidad Nacional de Trujillo, investigué: Justificación del cese de la pena por omisión alimentaria como consecuencia del pago de lo adeudado, siendo mis conclusiones más relevantes para el objeto de estudio: 1) el delito de omisión de prestación de alimentos, más que a una tutela protectora del derecho a percibir alimentos, se orienta a una tutela reparadora, utilizando la pena privativa de libertad como medio para coaccionar al obligado alimentario a cumplir con las pensiones alimenticias adeudadas e indemnización, haciendo que la tutela protectora sea subsidiaria para los casos en los que no es posible reparación; 2) en los casos en los que los condenados por el citado delito cumplen con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la indemnización a consecuencia de ser privados de su libertad, se materializa una tutela

reparadora del derecho a percibir alimentos, haciendo desproporcionada una tutela protectora; 3) evaluando la constitucionalidad concreta de la privación de libertad de los condenados en estas circunstancias, a través del principio de proporcionalidad, la continuidad de tal restricción resulta desproporcionada e inconstitucional, habilitando que se pueda disponer su cese, otorgando libertad a los condenados.

**Amanqui, E.** (2017), en su tesis de maestría por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, investigó: Facultad coercitiva personal de los Juzgados de Familia y de Paz Letrado para la ejecución inmediata de sus sentencias ante el incumplimiento de la obligación alimentaria en la provincia de San Román – Puno, 2011-2012, siendo sus conclusiones más relevantes para el objeto de estudio: 1) el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos se genera por inexistencia de un mecanismo coactivo personal eficaz para la ejecución inmediata de las sentencias de alimentos por los juzgados de familia y de paz letrados, o siendo las regulaciones civil y penal las más idóneas ni eficaces en la ejecución de las sentencias, ya que implica un procedimiento que requiere de inversión de tiempo, dinero y esfuerzo, donde en la mayoría de casos, el alimentista no puede pagar dichos costos, siendo que ni siquiera tiene los medios económicos para asegurar su subsistencia, no siendo ejecutadas estas sentencias por alimentos; 2) los procesos de alimentos, sobre todo con las últimas modificaciones legales, son sumarísimos, dándole mayor viabilidad; pero que sin embargo, el problema no está ni el proceso ni el Juez, sino en que las sentencias por alimentos no se cumplen, frente a lo cual se requiere, otorgar a los Juzgados de Familia y de Paz Letrados, una facultad coercitiva personal que logre la ejecución inmediata de las sentencias de alimentos ante el incumplimiento alimentario, ello, bajo apercibimiento de privación de libertad del obligado alimentario en un establecimiento penitenciario, hasta que cumpla con

el pago de las pensiones alimenticias adeudadas; 3) con dicha facultad coercitiva personal otorgada a los Juzgados de Familia y de Paz Letrados, será legítimo internar al deudor alimentario en un establecimiento penal hasta que cumpla con su deuda alimentaria, lo cual es conforme a lo regulado en el artículo 2 inciso 24 literal c de la Constitución Política del Perú, cuando se señala que: “No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”, todo lo cual, viabilizará que los alimentistas puedan gozar de forma inmediata de su derecho de alimentos, para cubrir sus necesidades y desarrollo de su integridad personal, siendo que, por otro lado, también se fortalece el núcleo familiar, la sociedad y por como consecuencia, también el Estado.

**De la Cruz, K.** (2015), en su tesis de licenciatura por la Universidad Privada Antenor Orrego, investigó: La no aplicación de la suspensión de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena en las sentencias por el delito de omisión de prestación de alimentos no es conveniente estando a que el deudor alimentario se vale de este beneficio para alargar la cancelación de las pensiones alimenticias liquidadas o para solo pagar en forma parcial, empleando figuras como la rehabilitación prevista en el artículo 59 del Código Penal, quedando relegado el derecho de alimentos del alimentista, reconocido constitucional e internacionalmente, apreciándose de la realidad, una desprotección a este derecho pese a tener una sentencia que ordena el pago de las pensiones y de existir medios para lograr su efectivo cumplimiento; 2) estando a la naturaleza del bien jurídico tutelado que es el derecho de alimentos y a que se verifica que las sentencias en las que se otorga pena suspendida son ineficaces, no es adecuado que se otorgue este beneficio de suspensión de la pena en los casos que el obligado alimentario, al momento de emitir la

sentencia, no haya cancelado las pensiones alimenticias adeudadas que dieron origen al proceso penal o cuando no está al día en el pago de las pensiones de alimentos fijada en la sentencia extra penal de alimentos.

**Condori, M.** (2012), en su tesis de doctorado por la Universidad Católica de Santa María, investigó La acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas en la provincia de San Román, año 2011, siendo sus conclusiones más relevantes en relación al objeto de estudio: 1) debería aplicarse como política criminal del Estado peruano, por sus diversos ministerios, como el Ministerio de Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social y de la Mujer, Ministerio de Salud, Ministerio de Vivienda, entre otros, a través de sus programas sociales, como son “A Trabajar Urbano”, “Juntos”, entre otros, y en coordinación con el Poder Judicial, programas de asistencia social en los cuales se les dé a los obligados alimentarios sentenciados prioridad para que puedan trabajar en dichos programas y de forma remunerada, implicando que estos ingresos, no más del 60% de los mismos, sean aplicados para satisfacer sus deudas alimentarias; 2) son pocos los casos donde el deudor alimentario prefiere cumplir una pena, mucho más una con privación de libertad efectiva, antes que cumplir su obligación alimentaria, considerando que en la realidad, las sanciones penales no favorecen el “no pago” sino que efectivizan el cumplimiento de la obligación alimentaria.

## **1.5. Justificación de la Investigación**

### ***1.5.1. Justificación Práctica***

La presente investigación se justifica, por que aborda una realidad problemática de suma relevancia, que es la regulación de la privación de libertad como pena para combatir el incumplimiento alimentario, siendo un tema que tiene relación con el grave y recurrente

problema social del incumplimiento alimentario, y con la necesidad de contar con mecanismos adecuados para hacerle frente y garantizar el cumplimiento del referido derecho. Por ello, se hizo imprescindible determinar científicamente, si la relación entre la aplicación de la pena privativa de libertad que teóricamente se supone como medio adecuado para favorecer la prestación de alimentos, era realmente positiva, siendo que, de no ser así, como se determinó, se formularon recomendaciones para la mejora de la regulación de la prisión como medio para hacer frente a este problema.

### ***1.5.2. Justificación Teórica***

La regulación de la privación de libertad como pena, se refiere a la regulación normativa que se hace del uso de la privación de la libertad de un ciudadano bajo la forma y características de pena privativa de libertad.

La adecuación para combatir el incumplimiento alimentario, se refiere a la adaptación de la regulación a las exigencias normativas y de efectividad para combatir el fenómeno del incumplimiento alimentario.

### ***1.5.3. Justificación Metodológica***

Se aplicará la investigación sustantiva, que se define como: "...aquella que trata de responder a los problemas teóricos o sustantivos, está orientada, a describir, explicar, predecir o retrodecir la realidad, con lo cual se va en búsqueda de principios y leyes generales que permitan organizar una teoría científica". (Sánchez y Reyes, 2009, p. 38).

El nivel de la investigación sustantiva, será de una investigación descriptiva, la cual: "Está orientada al conocimiento de la realidad tal como se presenta en una situación espacio-temporal dada. Responde a las interrogantes: ¿Cómo es o cómo se presenta el fenómeno X? ¿Cuáles son las características actuales del fenómeno X?". (Sánchez y Reyes, 2009, p. 38).

El diseño de la investigación, será de una investigación correlacional, la cual: "...se orienta a la determinación del grado de relación existente entre dos o más variables de interés en una misma muestra de sujetos o el grado de relación existente entre dos fenómenos o eventos observados". (Sánchez y Reyes, 2009, p. 105).

#### ***1.5.4. Importancia***

La investigación es importante, en tanto que aborda un problema que no solo es recurrente en la práctica y que implica gran parte de la carga procesal del sistema de justicia peruano; sino que, además, tiene que ver con un derecho tan preponderante como es el derecho fundamental a percibir alimentos, y que, por tan condición, exige una adecuada regulación.

#### **1.6. Limitaciones de la Investigación**

La presente investigación tiene un alcance regional y temporal definido por la población y muestra, que implica a los alimentistas del territorio donde se ejerció la competencia de la Corte Superior de Justicia del Santa en los procesos del periodo del año 2016.

La población y muestra va a ser limitada, debido a la magnitud que implica y las capacidades económicas y de recursos del investigador.

#### **1.7. Objetivos**

##### ***1.7.1. Objetivo General***

Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.



### ***1.7.2. Objetivos Específicos***

- Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
- Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
- Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

## **1.8. Hipótesis**

### ***1.8.1. Hipótesis General***

Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

### ***1.8.2. Hipótesis Específicas***

- Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

- Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
- Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

## II. Marco Teórico

### 2.1. Abordaje Filosófico

Estando a que las variables de la presente investigación son: (1) la aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y; (2) la prestación de alimentos a los alimentistas; se van a tratar en esta parte, los temas filosóficos más relevantes sobre los mismos, y siendo que se trata de variables que se refieren a categorías jurídicas conforme al sentido de la investigación, el carácter filosófico con el cual se las va a abordar, no puede ser otro que el de la filosofía jurídica o ius filosofía.

En ese sentido, se va a comenzar realizando el abordaje ius - filosófico por la segunda variable: prestación de alimentos a los alimentistas, pero precisamente, dado que se refiere a una conducta a la que subyace un derecho: el derecho a percibir alimentos, el abordaje ius – filosófico se va a centrar en éste, que es el sustento de la variable, y se trata en primer lugar, en tanto que temáticamente, es el eje a partir del cual pueden irse desarrollando de forma secuencial los otros temas.

#### *2.1.1. Abordaje Ius Filosófico del Derecho a Percibir Alimentos*

La filosofía en general, tiene una finalidad primordial, que es el conocer la esencia misma del objeto sobre el cual concentra su atención o del sector de la realidad de que se ocupa y descubrir su ser, aquello que lo constituye fundamentalmente, lo que es (Vinatea, 2008). Ahora, en el caso específico de la filosofía del derecho, se encarga de examinar un sector específico de la realidad, que es precisamente el derecho, lo jurídico, ocupándose de los presupuestos esenciales y primarios del mismo, con preguntas como: ¿Qué es el derecho?, ¿Qué elementos lo conforman y le asignan esa naturaleza, ese ser particular que lo distingue,

de manera tan notoria y concluyente, de cualquier otra creación del espíritu humano? (Vinatea, 2008).

Siguiendo a Del Veccio, citado por Vinatea (2008), podemos concebir 3 formas en las que se lleva a cabo la investigación –o abordaje- filosófico sobre el derecho, que son: (1) la lógica, que tiende a fijar el objeto mismo que se comprende como derecho; (2) la fenomenológica, que ve al derecho como un objeto que forma parte de la realidad que nos rodea, y; (3) la deontológica, que valora y juzga al derecho según el concepto y sentido que se tenga de la justicia (Vinatea, 2008).

Tomando esas líneas fundamentales, el abordaje que se pretende hacer del derecho a percibir alimentos, como sustento subyacente de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, se va a realizar estando al objeto de la investigación, en cuanto a la fijación del objeto que se comprende como derecho de alimentos, o dicho de otra forma, lo que se denomina como su naturaleza jurídica.

Para comprender filosóficamente que es o cual es la naturaleza del derecho a percibir alimentos, debemos abordar primero, que es o cual es la naturaleza de lo que concebimos como derecho. Para ello, previamente, vamos a centrarnos en el concepto de “derecho subjetivo”, que es la categoría con la cual puede identificarse a priori el derecho a percibir alimentos.

Al respecto, tenemos que Ferralóji (Citado por López, 2009), entiende por “derecho subjetivo”, a cualquier expectativa de prestación o negativa de no sufrir lesiones atribuida a un sujeto por una norma jurídica, concretamente, una facultad que tiene un sujeto o clase de sujetos respecto a otro sujeto o clase de sujetos, quienes tienen correlativamente por ley la obligación de cumplir la prestación; y por otra parte, sobre el contenido del derecho subjetivo,

implica el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto obligado, siendo que la obligación, viene a ser la conducta que un sujeto está compelido por ley a realizar y el titular del derecho subjetivo le puede requerir su ejecución, incluso de manera coactiva, contra su voluntad, lo cual también implica una prohibición, un impedimento jurídico para ejecutar determinado comportamiento que si se realizara, causaría la afectación a los derechos de terceros y conllevaría a su nulidad para reparar al perjudicado (López, 2009).

A partir de esta definición que da Ferrajoli sobre derecho subjetivo, encontramos, que liga como elementos, la expectativa de prestación o negativa, a la fuente de tal expectativa, que vendría a ser una norma jurídica, entendiendo así, que un derecho subjetivo vendría a ser una expectativa que solamente puede ser otorgada por una norma jurídica.

En efecto, tal concepción, tiene sustento en los fundamentos de la corriente filosófica del positivismo jurídico, ya comúnmente aceptada al menos de modo general, de que a priori, solo puede identificarse como derecho válido, al que proviene de una fuente normativa o jurídica, que es creación humana, en ejercicio de sus facultades regulativas de las sociedades que conforman; con ello, se dejaron atrás las concepciones que identifican al derecho también, al que pudiera surgir de otras fuentes y que incluso podía oponerse y derrotar a lo establecido en la normatividad positiva, como fue el caso del ius naturalismo racionalista (Castillo & Carrillo, 2011).

En ese sentido, el ser de un derecho subjetivo, no puede identificarse más que con las expectativas de prestación o negativas que sustenta una fuente normativa positivizada, y no otras fuentes externas a la normatividad.

No obstante, en la actualidad se opone al positivismo jurídico, un nuevo paradigma ius filosófico que se ha venido a denominar “no positivismo” o “postpositivismo”, el cual tiene como correlato, la crisis de la concepción positivista ante el proceso histórico de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, acontecidos en países europeos y latinoamericanos como resultado del constitucionalismo desarrollado y practicado desde la II Guerra Mundial hasta hoy (Aguiló, 2007). La corriente más relevante de este nuevo paradigma, es el que se ha denominado Neo constitucionalismo, que se aborda a continuación.

**A. El Neoconstitucionalismo.** El neoconstitucionalismo, como advierte Comanducci, no solamente es una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo asentado en Europa en la segunda mitad del siglo XX con base en las constituciones de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, sino que más bien, en su versión más “integral”, comprende una declaración de principios, pregona el cambio de paradigma jurídico y se concibe como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo como al iusnaturalismo, en lo cual radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial (Ahumada, s. f.).

Como lo sostiene Pietro, citado por Hernando (s. f), el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los cuales pueden ser compartidas, al mismo tiempo, por la gran mayoría de teóricos legales y filosóficos del Derecho en la actualidad. Concretamente, se hace alusión, a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial, siendo los casos de las Constituciones italiana (1947) y alemana (1949), las de Portugal (1976) y España (1978), y en Latinoamérica, las constituciones brasileña (1988) y

colombiana (1991), caracterizándose fundamentalmente, por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias, para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos (citando a Carbonell, Hernando, s. f.), siendo así que, se reconoce que la Constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del derecho ordinario, sino que con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico, lo cual se materializa, en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales (citando a Faralli, Hernando, s. f.).

De esta manera, se afirma que el tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica, para encontrarnos ahora con el Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución se convierte en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el Derecho y que, por lo tanto, se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de la separación entre el Derecho y la moral (Hernando, s. f.). Es de recalcar, que esta tesis de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, tiene como principales difusores, a Ronald Dworkin en el contexto anglosajón y a Robert Alexy en Europa, quienes han llegado a proponer tesis tan categóricas como la de Dworkin, en el sentido de que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta, siendo la perspectiva de Alexy menos rígida,

en el sentido de reconocer la posibilidad de que existan varias posibles respuestas, no obstante que existan también quienes piensan que no se trata necesariamente de posiciones antagónicas (Hernando, s. f.).

Siguiendo la clásica distinción de Bobbio sobre el positivismo jurídico, suele caracterizarse también en el mismo sentido al Neoconstitucionalismo, como teórico, ideológico y metodológico (Comanducci, 2005). A continuación, abordaremos cada una de estas caracterizaciones.

**a. *Neoconstitucionalismo Teórico.*** El Neoconstitucionalismo, como teoría, aspira a describir los logros de la constitucionalización, esto es, en lo que ha implicado la modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos; de lo cual, se destaca fundamentalmente, el modelo de una constitución “invasora”, por la positivización del catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades en la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley (Comanducci, 2005). En tal sentido, se presenta como una alternativa teórica respecto a la teoría iuspositivista tradicional, cuyo desfase frente a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, hace que no refleje ya la situación real de éstos (Comanducci, 2005).

Otra de sus implicancias como teoría, es que centra su propio análisis en la estructura y el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional (Comanducci, 2005); lo que se ha dominado, el enfoque de “la Constitución como norma jurídica”. En línea con ello, un rasgo distintivo respecto a la teoría iuspositivista tradicional, es la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de



constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley (Comanducci, 2005).

**b. *Neoconstitucionalismo Ideológico.*** Como ideología, el Neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, dado que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, poniendo en primer plano el objeto de garantizar los derechos fundamentales; lo cual, es explicable en el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha, sino que le da apoyo al modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo (Comanducci, 2005).

El Neoconstitucionalismo ideológico no se limita solo a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación; subrayando en particular, la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, destacando la exigencia de que las actividades del legislativo y el judicial estén encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución (Comanducci, 2005).

De otro lado, en correlación con la versión del positivismo ideológico, se considera que produciendo los ordenamientos jurídicos modernos una conexión necesaria entre el derecho y la moral, el Neoconstitucionalismo se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución; asimismo, evidencia generalmente una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la

Constitución respecto a la aplicación de la ley, lo cual se manifiesta, sobre todo, en relación a las respectivas técnicas interpretativas (Comanducci, 2005).

**c. *Neoconstitucionalismo Metodológico.*** Esta formulación es contrapuesta a la del positivismo metodológico, en cuanto a su tesis según la cual sería siempre posible identificar y describir el derecho como es, distinguiéndolo del derecho que debería ser; donde, el Neoconstitucionalismo viene a sostener por el contrario, al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre el derecho y la moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral (Comanducci, 2005).

Con esta concepción, el ser de los derechos, como derechos fundamentales, difiere de la concepción positivista, vinculada solo a las formulaciones de la normatividad positiva, sino que la propia normatividad positiva de derechos fundamentales, incluye ahora, elementos que antes solían separarse del ser de un derecho, como los contenidos morales y de los hechos.

#### **d. *Cambios que Supone el Neoconstitucionalismo***

De entre los cambios que trae esta nueva corriente de pensamiento, en contraste con la vieja teoría positivista y su Estado de Derecho; el Estado Constitucional de Derecho que el Neo constitucionalismo defiende, encontramos como uno de sus rasgos, la flexibilización estatal frente al clásico estatismo, la relevancia de los principios frente al legicentrismo y una interpretación más material respecto a la interpretación formal del Derecho anterior (Hernando, s. f.).

De forma más diversa, Pietro Sachis (Citado por Hernando, s. f.), destaca cinco características que definirían al Neo constitucionalismo:

- El predominio de los principios sobre las reglas.
- El empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción.
- La presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería la homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho,

Por otro lado, Guastini (Citado por Hernando, s. f.), sostiene las siguientes condiciones que identifican un contexto neo constitucional:

- Rigidez constitucional, con la consiguiente Constitución escrita y la dificultad de su modificación por parte de la legislación.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución, vale decir, el control sobre la conformación de las normas con la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución, que destaca precisamente el hecho de que las constituciones, además de contener normas que organizan al Estado, también contienen principios y disposiciones pragmáticas que deberían ser garantizables como cualquier otra norma jurídica.
- La sobre interpretación de la Constitución, que permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la Constitución.
- La aplicación directa de las normas constitucionales, pues ante las la Constitución sólo controlaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios.

- La interpretación conforme de las leyes, que no se refiere a la interpretación de la Constitución sino de la ley, así, el juez debe preferir la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional y, finalmente, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se percibe, por ejemplo, en la argumentación que puedan brindar los órganos legislativos y que justamente se basarían en el texto constitucional.

**e. Características del Neo Constitucionalismo.** Las características de esta corriente de pensamiento pueden identificarse en las siguientes formulaciones:

Principios Versus Normas. La principal variante que trae el Neoconstitucionalismo, como se ha referido, es la tesis de que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de reglas, sino también de principios, siendo la diferencia entre ambas sus características, correspondiendo a los principios, la dimensión del peso de importancia, en vez de su aplicabilidad bajo el modelo llamado del “todo o nada” (Pozzolo, 1998). En general, son vistos como valores morales positivizados en los textos constitucionales, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, determinando un cambio cualitativo del propio texto (Pozzolo, 1998).

Junto a esta tesis sobre los principios, se encuentra normalmente la expresión de una tesis prescriptiva según la cual, los jueces deben servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica, lo cual vale: 1) en primer lugar, como una recomendación dirigida al juez constitucional, para el que se sugiere el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia, pero además; 2) en segundo lugar, para ordenamientos en los que se cuenta con un órgano concentrado para el juicio de constitucionalidad de las leyes, se sugiere una interpretación de la Constitución dirigida a

extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias (Pozzolo, 1998).

Ponderación Versus Subsunción. Este cambio abarca, que ligado a la tesis sobre los principios, se encuentra una peculiar teoría y método sobre su interpretación o aplicación; siendo que, los principios no serían interpretables o aplicables según el común método llamado “subsunción”, peculiar de las reglas; sino que necesitarían del método llamado “ponderación” o “balanceo”, la cual distingue básicamente 3 pasos: 1) una operación interpretativa tendiente a localizar los principios aplicables al caso concreto, presuponiéndose que los principios idóneos para regular un caso concreto, son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial, esto es, que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes; 2) los principios así localizados, son internamente sopesados para poder ponerlos en relación de jerarquía axiológica, donde el principio de mayor peso prevalece sobre el de menor peso, y; 3) la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto, es decir, que se construye en relación al caso examinado, tendiendo por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico; siendo por ello que, el principio que prevalece en el caso examinado, podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto (Pozzolo, 1998).

Constitución Versus Independencia del Legislador. Este cambio implica, la “materialización” o “sustancialización” de la Constitución; esto es, concebir que no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales, esto es, ya

no solo en el sentido kelseniano según el cual constituye una suerte de “marco” en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas; sino que este “contenido sustancial condicionante”, cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural, que ahora es asumido por el derecho constitucional, circunscribiendo a que el legislador debe necesariamente considerarlo como guía para la producción legislativa, al que debe por tanto adecuarse y desarrollar (Pozzolo, 1998, p. 341). La ley se convierte, en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales (Pozzolo, 1998).

Jueces Versus Libertad del Legislador. Esta es una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, donde al juez, ante la presencia de los principios, debe abandonar el método de la subsunción, y asumiendo la penetración general del texto constitucional, se le encarga una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales, donde la sustancialización de la Constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo (Pozzolo, 1998).

Este es un cambio fundamental, dado que si anteriormente, el juez interpretaba o aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso, siendo así que la interpretación moral del caso incide, en la interpretación de las palabras del derecho; lo cual, debido a este papel asumido por el juez, tiende a configurarse como fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico (Pozzolo, 1998).

### ***f. El Paradigma Neoconstitucional en el Derecho Peruano***

La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico Peruano. El ordenamiento constitucional peruano ha venido también adoptando las características de un Estado de Derecho Constitucional, el cual se ha venido consolidando con gran éxito en nuestra práctica jurídica gracias al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su principal impulsor, que ha venido asumiendo la doctrina del paradigma neo constitucional.

Y es que precisamente, lo más significativo de nuestra historia constitucional, es la progresiva aparición de la justicia constitucional con capacidad para transformar la legitimidad originaria de la ley, en legitimidad constitucional por sus resultados, sometiendo dicha ley al control constitucional, en vía incidental o concentrada (Landa, 2011).

Si bien sus primeras manifestaciones en nuestros textos constitucionales y legales no tuvieron un desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial, eventualmente se ha ido consolidando, lo cual puede verse recién con la Ley de Habeas Corpus de 1897 y la Ley N° 2223 de 1926 –que ampliaba su alcance a otros derechos-, siendo recién en la Constitución de 1920 donde se incorpora en un texto fundamental esta acción constitucional, recogida también en la de 1933, de modo amplio para todos los derechos individuales y sociales reconocidos, donde además, se estableció una suerte de control político de la Constitución a través de reclamaciones al Congreso, lo cual se vio complementado con la incorporación de la “acción popular”, contra los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo por violación constitucional o de la ley (Landa, 2011).

Resulta peculiar que si bien no se incorporó el control constitucional de las leyes, el Código Civil de 1936 estableció la posibilidad de un control difuso por parte de los jueces, no obstante a que no pudo ser aplicada por una serie de objeciones, hasta recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que reglamentó el control difuso en la vía judicial ordinaria, lo cual sin embargo, se produjo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia, dado que la élite judicial carecía de una autoconciencia sobre el rol jurídico – político que implicaba controlar el poder, dada su obsecuente sumisión a la ley (Landa, 2011).

Luego de un largo periodo de gobierno militar (1968 a 1979), la élite política tomó conciencia de la necesidad de fortalecer el Estado Constitucional y la democracia, para que dio lugar a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales con 2 competencias: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución de casaciones sobre resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo. Con ello, si bien se creó la jurisdicción constitucional peruana, no se desvinculó del positivismo legalista ni compatibilizó con el control difuso de los jueces ordinarios y el régimen presidencialista que históricamente ha llevado a la politización de la justicia (Landa, 2011).

Fue la innovadora Constitución de 1979 la que estableció por primera vez en el Perú la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, con las competencias antes señaladas, pero que sin embargo, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, debido al autogolpe de Estado, no logró su legitimación social en la opinión pública como órgano constitucional encargado de controlar los excesos de poder, siendo que incluso volvió a reiniciar sus funciones en 1996,



dentro del nuevo orden de facto y luego constitucional, sin prácticamente la existencia del control jurisdiccional de las leyes (Landa, 2011).

En efecto, el régimen de facto relativo exigía un sistema constitucional flexible, por lo que el régimen constitucional, fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria, concretamente, la mayoría oficialista, mediante la aprobación de leyes constitucionales. En tal sentido, con un constitucionalismo flexible y autoritario, se abandonó el principio de supremacía constitucional, propio de cualquier sistema constitucional democrático, lo que hizo imposible el restablecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, fundamentalmente: 1) por que no existía un referente constitucional rígido –único, supremo y claro- para ejercer el control de constitucionalidad, y; 2) lo constitucional o inconstitucional de las leyes se había diluido en una cuestión exclusiva de la voluntad del Presidente, sin considerar a la oposición política. Con ello, los actos de gobierno se hicieron inmunes a cualquier control judicial, sea por parte de la justicia constitucional u ordinaria (Landa, 2011).

No obstante, debido a la tendencia histórica contemporánea del establecimiento y expansión de los tribunales o cortes constitucionales en las nuevas democracias mundiales, como a la unánime opinión pública especializada en materia de derecho constitucional, en el debate constituyente no se tuvo más remedio que sucumbir a la necesidad del control constitucional de las leyes y de un Tribunal Constitucional, estableciéndose en la actual Constitución de 1993, pero no fue implementada por el gobierno hasta 1996, no obstante su inicial inoperancia y distintos escollos en su implementación. Así, la incorporación de la justicia constitucional con la Constitución de 1993, surgió no sólo con gran desconfianza por

parte de los poderes públicos autoritarios, tino también con reticencias de la Corte Suprema, que dejaba de ser la última instancia judicial en materia de las viajes y nuevas garantías constitucionales, panorama que no es ajeno al nacimiento de los Tribunales Constitucionales (Landa, 2011).

Es recién durante la etapa de recuperación del régimen democrático a partir de fines del año 2000 con la reincorporación de los 3 magistrados destituidos que se inicia de etapa de fortalecimiento del Tribunal Constitucional, que se refuerza con la aprobación del Código Procesal Constitucional mediante la Ley N° 28237 de mayo del 2004, que produjo la unificación de la dispersa legislación procesal constitucional, y que además, estableció modernamente un conjunto de institutos procesales que hacen de la justicia constitucional un sistema jurídico garantista de los derechos fundamentales y del orden jurídico constitucional. Asimismo, con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mediante la Ley N° 28301 de julio del mismo año, que estableció que el Tribunal es el órgano supremo de la interpretación y del control de la constitucionalidad, se crean 2 Salas y se permite que la declaración de las normas legales se resuelva ya no con 6 sino con 5 votos conformes (Landa, 2011), desde donde ha merecido su desarrollo hasta la actualidad.

En suma, si bien es cierto que desde su aparición la justicia constitucional peruana ha merecido la desconfianza del poder político, obedeciendo más bien a una cuestión de acompañamiento con las tendencias contemporáneas, debido al peso de la justicia constitucional, siendo por ello que su incorporación no fue resultado de una mayor reflexión sobre su rol en el quehacer político (Landa, 2011), es indudable su actual valor y desarrollo dentro de nuestra democracia constitucional.

Así, el Juez constitucional peruano ya no es solamente un fiel vigilante de la aplicación de la ley, sino que se convierte en el supremo guardián de la Constitución, y el Tribunal Constitucional, en el encargado de hacer cumplir a los poderes y demás órganos constitucionales el ordenamiento formal y material de la Constitución, para lo cual tiene la función básica de control constitucional de las leyes de los legisladores, del Presidente de la República e incluso de las resoluciones de la Corte Suprema, entre otras (Landa, 2011).

El Paradigma Neoconstitucional en la Jurisprudencia Peruana. Ha sido en efecto el Tribunal Constitucional quien viene logrando la efectiva consolidación del paradigma neoconstitucional en el derecho peruano, a través de sus distintas sentencias, donde han desarrollado sus contenidos y fijados sus alcances y consecuencias para la aplicación del derecho.

Su efectiva vigencia en la configuración del derecho peruano, surge fundamentalmente a partir de distintos desarrollos, de entre los cuales, tenemos fundamentalmente los siguientes:

Los contenidos Irreformables de la Constitución. En su sentencia del 25 de enero de 2007, recaída en el expediente N° 0489-2006-PHC/TC, el Tribunal Constitucional abordó (aunque sin aparente relación con el caso concreto que resolvía), en relación al tema de la pena de muerte y la reforma constitucional, la existencia límites no solo formales sino también materiales a la reforma del texto fundamental, que implica la presencia de ciertos contenidos inmunes a toda posibilidad de reforma por constituir los valores materiales y principios fundamentales que son la esencia del texto constitucional.

Constitución Normativa o Supremacía de la Constitución jurídica. Asimismo, ha recalcado también el Tribunal, en su sentencia del 24 de abril de 2006, recaída en la sentencia del expediente N° 047-2004-AI/TC, el carácter de norma de la Constitución, y su carácter fundante de las demás normas del ordenamiento jurídico, como la “norma de normas”, vinculante y directamente aplicable. Específicamente, ha precisado: “El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes”.

**B. Los derechos Fundamentales.** El desarrollo del paradigma ius filosófico del neo constitucionalismo, redimensiona la importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos, principalmente, como derechos fundamentales, que es el tipo de derechos que conforman los elementos más relevantes de esta perspectiva filosófica, siendo que tienen unas particularidades distintas y de mayor complejidad a los derechos que no son fundamentales.

Así, tenemos que los derechos fundamentales son definidos, como aquella parte de los derechos humanos que se encuentra garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico instituido por el cuerpo político (García, 2013).

En consideración de Ferrajoli (2006), la definición más fecunda de los derechos fundamentales, desde la teoría del derecho, es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Pero también, desde el

derecho positivo, esto es, de la dogmática constitucional o internacional –tomando el ordenamiento italiano o alemán-, los derechos universales e indisponibles establecidos por el ordenamiento positivo italiano o alemán. Y son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos (Ferrajoli, 2006).

La incorporación de los derechos fundamentales al derecho positivo estatal, conlleva a: 1) que sean observados como derechos subjetivos que garantizan para sus titulares un status de humanidad; 2) que se conviertan en una responsabilidad ideológica para el Estado; 3) que se constituyan en componentes básicos del orden jurídico, de allí que en ninguna relación jurídica pueda inobservarlos (García, 2013).

Los derechos humanos aparecen como expresión de reconocimiento y compromiso de respeto y promoción en los tratados internacionales, en cambio los derechos fundamentales, fluyen en el mismo sentido, pero en los textos constitucionales. Asimismo, en la legislación constitucional de la segunda mitad del siglo XX, a la par de lo anteriormente mencionado se inserta la expresión derechos constitucionales, denominación que responde al hecho de encontrarse insertos y reconocidos en el propio texto base de un Estado, empero, sujeto a un nivel de protección disímil (García, 2013).

Así, Castillo Córdova señala que no existe coincidencia plena entre las nociones derechos fundamentales y derechos constitucionales, dado que por decisión del constituyente, como ocurre con la Constitución Española de 1978, no todos los derechos constitucionales pueden tener el estatus de derechos fundamentales, lo que genera el establecimiento de mecanismos disimiles de protección, siendo por ejemplo, la acción de

amparo, en defensa de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, mientras que derechos no fundamentales, como el derecho a contraer matrimonio, se verían únicamente en la jurisdicción ordinaria. (Entre otros como el derecho a la propiedad, a la herencia, a la salud, etc.) (García, 2013).

En nuestro caso, la Constitución hace uso de la expresión derechos humanos en los artículos 14, 44, 56 inciso 1 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; emplea la expresión derechos fundamentales en los artículos 1, 2, 3, 32, 74, 137 inciso 2, 139 y 149; y utiliza la expresión derechos constitucionales en los artículos 23, 137 inciso 1, 162 y 200; esto es, que los emplea de forma indistinta, siendo que ante ello, el Tribunal Constitucional en su extendida jurisprudencia, ha utilizado dichas expresiones con el carácter de sinónimos, vale decir, les ha asignado un significado equivalente (García, 2013).

**a. *Fundamentación Filosófica de los Derechos Fundamentales.*** En la doctrina constitucional, se sustenta la existencia de 3 grandes fuentes de fundamentación ius filosófica de los derechos fundamentales, los cuales son (García, 2013):

Fundamentación Historicista. Según esta perspectiva ius filosófica, los derechos de las personas no se sustentan en el mundo de las teorías, sino en la expresión de los hechos sociales, necesitando, por ende, de la aquiescencia de los hombres a cuya vida afecta (García, 2013).

Así, Burke (citado por García, 2013), plantea, por ejemplo, la idea del derecho como ciertas libertades regularmente perpetuadas como derecho hereditario. En similar línea, Peirano y Ansuetagui (citados por García, 2013), señalan que el instrumento jurídico que reconoce a los derechos, no es la ley general, sino la costumbre o la norma particularizada, como “el pacto”, “el fuero”, “el compromiso”, etc., siendo distinguidas por el reconocimiento

de situaciones concretas y particularizadas de poderes fácticos o de normas del “buen derecho antiguo”, tradicional y consuetudinario, a los que se le debe una expresión formalizada y solemne.

También, Laporta (citado por García, 2013), sostiene, que el individuo obtiene su identidad, de su pertenencia a la serie ininterrumpida de generaciones anteriores a él, esto es, que no es algo que provenga de los dictados de la razón, sino de la tradición, la inserción de la convivencia y las relaciones de poder en el curso de la historia, de los que se obtiene su cabal legitimación, siendo así, el derecho, producto histórico de la vida humana colectiva.

Así pues, señala García (2013), que, desde esas perspectivas, el reconocimiento de los derechos *in genere*, aparecen como aquellos “espacios” en donde se van protegiendo ciertos status frente al poder estadual como consecuencia de procesos de transacción y consentimiento. Por ende, sostiene, que el origen de los derechos de la persona se encuentra en la costumbre asumida por cada comunidad política en particular y en las leyes fundamentales pactadas por el Rey y los plurales representantes de los segmentos sociales, citando, por ejemplo, la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628) y la Declaración de Derechos (1689).

Fundamentación Ius Racionalista. Esta perspectiva se sustenta en el derecho natural, es decir, que hace referencia a un conjunto de facultades y atribuciones extraídas de una normatividad supra positiva reconducible a la esencia misma de la naturaleza humana (García, 2013).

Este derecho natural, es universal, lo que implica su validez para la especie humana en todos los lugares y en todos los tiempos, ya que comprende un conjunto de preceptos que no se basan en circunstancias accidentales sino en la naturaleza del hombre, siendo así que

se presente, como ineludible imperativo de la razón, que percibe la relación ontológica entre el ser y su finalidad, entre el hombre y la idea de plasmación del bien (García, 2013).

El planteamiento del derecho natural, es que aparecen un conjunto de facultades o atribuciones inherentes a la persona, que pueden llegar a conocerse a través del ejercicio de la razón, esto es, como lo indica García Toma, que es aquel que se devela por obra de la inferencia argumentada (García, 2013).

Sobre la razón, se puede sostener, con García (2013), que es aquella facultad que proporciona los principios del conocimiento a priori; en sentido de lo indicado por Kant, quien sustenta el derecho natural sobre el principio de describir el razonamiento generador de juicios que van de la causa al efecto, expresiones que implican acuerdo con la probabilidad general y que es una exigencia absoluta de la razón práctica sustentadora de imperativos o mandatos de conducta, los cuales serían transmitidos al individuo por la naturaleza.

Uno de los planteamientos del derecho natural, es que el derecho positivo o estatal, debe adecuar sus contenidos a los del derecho natural, siendo que, en caso de no cumplirse, se estaría ante imposiciones arbitrarias (García, 2013).

De otro lado, se denota que históricamente, a través de la institucionalización del Estado Liberal de Derecho, el cuerpo político se convierte en el protector de los derechos naturales, los cuales de absolutos en el estado de naturaleza (situación anterior al pacto social), devienen en tutelables a través de la ley (García, 2013).

Fundamentación Positivista. Esta fundamentación, sustenta que los derechos de la persona surgen de la voluntad proteccionista del Estado, siendo que, por ende, no existen facultades o atribuciones previas a la decisión del cuerpo político (García, 2013).



En ese sentido, esta fundamentación sostiene, que solo existe el derecho estatal, por lo que, se rechaza la idea de derecho natural y la idea de cualquier “subordinación” o “encadenamiento” que pudiera tener el derecho positivo con la historia (García, 2013).

Así pues, la voluntad del Estado se convierte en el único criterio de validez de los derechos de la persona, por lo que a través de la Constitución se expresa esa decisión política, la cual se sustenta en la aprobación representativa del pueblo, por ende, la persona solo podía disponer de aquellos derechos que le concede el cuerpo político (García, 2013).

**b. Características de los derechos fundamentales.** Según Alexy, los derechos fundamentales tienen las siguientes características (citando a García Y., García, 2013):

- Gozan del máximo rango, esto es, son creación de la jurisprudencia constitucional que posee un grado de vinculatoriedad pleno o se encuentra consignados en textos con rango constitucional o superior, por lo que rigen como normas generales y superiores sobre el resto de disposiciones.
- Poseen máxima fuerza jurídica, esto es, que la lectura simbólicamente pragmática de los derechos fundamentales debe ser descartada, dado que tanto los fueros jurisdiccionales, organismos legislativos y administrativos como los derivados de actos privados, deben observarlos, tutelarlos y promoverlos.
- Poseen grado de máxima importancia del objeto, esto es, no regulan cuestiones específicas e intrascendentes, sino que rigen para los elementos estructurales de la sociedad y el hombre (vida, libertad, propiedad, etc.).
- Poseen un máximo grado de indeterminación, esto es, la normativa es bastante escueta en cuanto a cuáles son los supuestos de hecho sobre los cuales han de aplicarse, siendo

que, en efecto, los derechos son lo que son en virtud de técnicas de interpretación, lo cual les otorga la ductilidad necesaria para adaptarse a todo tiempo y circunstancia.

- El reconocimiento de estos derechos, aparea la corresponsabilidad de su respeto y defensa, que se manifiesta en: 1) el deber de hacer; 2) el deber de abstenerse de hacer; 3) el deber de otorgar o reconocer, y; 4) la garantía que ofrece el Estado de reponer, hacer reparar y sancionar jurisdiccionalmente la amenaza o violación de un derecho fundamental (García, 2013).
- Las fuentes jurídicas de donde emanan dichos deberes pueden ser los tratados internacionales de los que un Estado es parte, la Constitución, la costumbre y la jurisprudencia constitucional, por lo que, los derechos derivados de la dignidad – cualquiera que sea su denominación formal-, son aquellos que se encuentran expresa o implícitamente reconocidos en las fuentes formales previstas en el ordenamiento jurídico de un Estado (García, 2013).

**c. Los Derechos Fundamentales como Principios.** Del cambio paradigmático que supone el Neo constitucionalismo, uno de los elementos más relevantes, es la distinción de la normatividad entre “principios” y “reglas”. En efecto, tras la inclusión de las nuevas características constitucionales, se erige un nuevo modelo de Estado de Derecho: el Estado Constitución de Derecho, viene sustentado ahora, que dentro del ordenamiento jurídico, que antes solía entenderse como conformado únicamente por reglas jurídicas de carácter legal, aparece ahora como principal fuente normativa la Constitución (y también los tratados de derechos humanos, que tienen el mismo carácter superior), que es un espacio donde convergen una serie de valores, directrices y principios de raíz liberal y democrática

(Hernando, s/f). Esto es, que se entiende a la norma fundamental, como una norma con valor intrínseco, que está integrada por una serie de principios y cuestiones axiológicas que rigen e impactan cualitativamente al ordenamiento jurídico (Salazar, 2014).

En ese sentido, la normatividad que emerge de esta nueva fuente normativa, como los derechos fundamentales, que sus principales componentes, no podía entenderse ya bajo la antigua concepción de reglas jurídicas, sino bajo una categoría distinta y de mayor operatividad acorde a su naturaleza, como es la de principio, sustentada por la teoría de los principios del nuevo paradigma Neo constitucional.

La teoría de los principios, parte su distinción como un tipo de normas diferentes a las reglas, que son el tipo de norma, predominante del anterior paradigma normativo del positivismo, que se identifica básicamente con la ley. Como hemos visto, en el Estado Constitucional de Derecho, el paradigma meta normativo ha variado, prácticamente, inundando el ordenamiento jurídico con los contenidos materiales de la Constitución, que se manifiestan como valores, principios y derechos fundamentales. Las características con las que cuentan estas normas constitucionales, predominantemente abiertas, que se dirigen al aseguramiento de fines y estados ideales axiológicos y materiales, hacen que en su mayoría, se distingan de las clásicas normas entendidas como formulaciones de supuesto regulado –

consecuencia regulada, predominantes del positivismo donde las formulaciones de la Constitución no eran en estricto normas.

Esto ha llevado a concretar, la distinta estructura de este tipo de normas que abundan en los nuevos ordenamientos constitucionales: “los principios”, cuya diferencia con la de las “reglas”, es cualitativa y no solo de grado (Alexy, 2003).

Así, se distingue que las reglas, operan como “mandatos definitivos”, en tanto que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, siendo que si una regla tiene validez, entonces se está ordenando hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos (Alexy, 2003). A diferencia de las reglas, los principios, operan como “mandatos de optimización”, en tanto que son normas, que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas y por ende, pueden ser cumplidos en diferentes grados, siendo que, el ámbito de las posibilidades jurídicas, se determina por otros principios que juegan en sentido contrario (Alexy, 2003).

Esto conlleva a diferenciar también, la técnica jurídica para su aplicación, en tanto que, mientras las reglas son normalmente aplicables mediante la técnica de la “subsunción”, bajo la cual, lo que se persigue es determinar si un caso real encaja o no en un supuesto de hecho, para los principios, la técnica a utilizar es la “ponderación”, que no se plantea en términos de si o no (aplicar), sino de más o menos (en qué grado aplicar), esto es, de buscar la optimización del valor o bien jurídico, y por ello, de darle la máxima efectividad posible estando a las circunstancias del caso (Citando a Díez Picazo, Orozco, 2013).

Y ello trae como consecuencia, que dadas las características de los principios, la operación por la cual se va a valer su aplicación normativa no va a ser ya preponderantemente la subsunción, sino la ponderación (Salazar, 2014). Asimismo, que como lo sostienen autores

como Comanducci, Alexy o Dworkin, su integración por principios implica un puente entre el derecho y la moral, siendo que, en el ámbito jurídico, deben respetarse los principios morales reconocidos e institucionalizados en la Constitución (Salazar, 2014).

Esto último, referido a la vinculación del derecho con la moral a través de las características de las normas constitucionales, de carácter superior en el ordenamiento jurídico, implica ciertamente cierta asimilación a la metodología del ius naturalismo (Acosta, 2016), fundamentalmente el racionalista, dado que a fin de cuentas, su carácter de principios generales y superiores, con un contenido moral normativo vinculante perfilado por los valores más encomiables de dignidad humana, derechos fundamentales, razonabilidad, proporcionalidad y justicia, son capaces de derivar verdaderos programas o estructuras supra legales que sirven, si se prescindiera incluso de las reglas legales, para resolver conflictos jurídicos de una forma más adecuada, completa y justa; claro que todo ello se da ahora, a diferencia del ius naturalismo, a partir de referentes normativos reconocidos positivamente; siendo en ese sentido que como lo indica Santiago, citando a Capeletti: “el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural; movilizándolo el derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los Derechos Humanos” (Santiago, 2008).

Es por ello, que como vamos a ver más adelante, esto llevar a determinar a nivel teórico, la cabida de recursos argumentativos, como el principio de proporcionalidad, para desentrañar la operatividad de los principios en la resolución de casos.

Así pues, la vigencia normativa superior y de aplicación directa de las normas constitucionales, su caracterización fundamental como principios, su lectura moral y forma de concreción a través de la ponderación, son las notas del cambio paradigmático meta

normativo en la operatividad del derecho; puesto que si bajo los anteriores diseños constitucionales, la ley y la operatividad mediante la subsunción, definían la aplicación normativa; con los modernos diseños constitucionales, el parámetro operativo es la subordinación de la legalidad a los contenidos constitucionales con un rango jerárquico superior como normas de reconocimiento de su validez (Zambrano, 2011); lo cual hace, que sean las estructuras constitucionales las normas principales cuya verificación debe darse en los casos concretos, y las regulaciones legales, más bien, vienen a ser complementos sujetos a su constitucionalidad.

Es en ese sentido que como lo indica Favoreau: "...el verdadero cambio provocado por la constitucionalización radica en el giro del orden jurídico alrededor de un nuevo eje: la constitucionalidad, que al mismo tiempo conlleva al abandono del antiguo eje (la legalidad), la cual es en adelante un simple componente de la constitucionalidad." (Santiago, 2008).

**d. Los Principios como Mandatos de Optimización.** Para Alexy, la propiedad fundamental que distingue principios y reglas es que los primeros representan mandatos de optimización, esto es, "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes", a diferencia de las reglas, que "contienen determinación en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible". Sobre este criterio de optimización se asienta la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual, que lleva a Alexy a sostener que "toda norma es o bien una regla o un principio" (citando a Alexy, Lopera, 2004).

Alexy acoge como punto de partida de su teoría la metáfora dworkiana de la "dimensión de peso", de los principios para construir sobre ella su concepción de los

principios como mandatos de optimización, la cual, según García Figueroa (Lopera, 2004), comporta 4 características fundamentales:

- **Gradualidad.** Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”, esto es, sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían graduación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción.
- **Optimización.** Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas.
- **Deber ser ideal.** El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” (ideales Sollen), que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colusión) que condicionan su aplicación. Precisamente en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios de los principios señala Alexy que en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de “deber ser ideal” (ideales Sollen) entendido, en un sentido general y débil, como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”. Por

el contrario las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Esta propiedad de los principios permitiría explicar el carácter prima facie de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.

- **Carácter prima facie.** El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo prima facie. Solo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad prima facie no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter prima facie, si bien diferente al de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter prima facie, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el principio formal que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima.

**C. El principio de Proporcionalidad.** Partiendo de la distinción de la especial estructura de los principios como un tipo de norma, que a diferencia de las reglas, operan como “mandatos de optimización”, que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas y por ende, pueden ser cumplidos en diferentes grados (Alexy, 2003), lo cual conlleva a diferenciar también la técnica jurídica para su aplicación, que no es la “subsunción”, que no puede dar cabida a la operatividad de los principios, sino la técnica de la “ponderación”, que no se plantea en



términos de si o no (aplicar), sino de más o menos (en qué grado aplicar), buscando la optimización del valor o bien jurídico, y por ello, de darle la máxima efectividad posible estando a las circunstancias del caso (Citando a Diez- Picasso, Orozco, 2013), esta técnica, vienen institucionalizada, como el principio de proporcionalidad, que se erige, además de cómo una mera técnica de aplicación, en una propiedad intrínseca de los normas principios, como es el caso de los derechos fundamentales.

En efecto, la ponderación, en su equivalencia como principio de proporcionalidad (Alexy, 2003), es otro de los desarrollos más relevantes del neoconstitucionalismo, el cual puede definirse, como un particular desarrollo de la teoría de la argumentación, destinado a orientar la aplicación de normas con estructura de principios (Lopera, 2004). Y es que como se sostiene, la teoría de los principios, implica el principio de proporcionalidad, y éste a su vez, implica a aquella, lo que significa, que sus tres sub principios, que es la concreción de su desarrollo: (1) sub principio de idoneidad, (2) sub principio de necesidad y (3) sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, se siguen como una consecuencia lógicamente de ella, haciendo que el debate sobre la teoría de los principios, pueda reformularse como el debate sobre el principio de proporcionalidad (Alexy, 2003).

Esto se da, en tanto que como mandatos de optimización que requieren la máxima realización posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, las primeras – posibilidades fácticas-, conducen a los sub principios de idoneidad y necesidad, puesto que (Adoptando la formulación de Alexy, 2003):

- Bajo el entendimiento del sub principio de idoneidad, si se presenta una medida (M), que representa una intervención en un principio (P<sub>1</sub>), para favorecer la realización de

otro principio (P<sub>2</sub>), pero que no resulta idónea para conseguir esta realización, la optimización de P<sub>1</sub> y P<sub>2</sub> exige que no se aplique M, por no ser idónea.

- Mientras que, bajo el entendimiento del sub principio de necesidad, si otra medida (M<sub>1</sub>), que representa una intervención en P<sub>1</sub>, para favorecer la realización de P<sub>2</sub>, si resulta idónea para tal efecto; si existe otra medida alternativa (M<sub>2</sub>), que favorece P<sub>2</sub> en una forma equivalente a M<sub>1</sub>, pero interviene menos intensamente en P<sub>1</sub>, la optimización de P<sub>1</sub> y P<sub>2</sub> exige que no se aplique M<sub>1</sub>, por no ser una necesaria.
- Por otro lado, en cuanto a las posibilidades jurídicas, opera el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, sobre todo, en relación con los principios que juegan en sentido contrario, donde la ponderación resulta indispensable, cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, esto es, que solo puede realizarse a costa del otro (Alexy, 2003). Aquí, el entendimiento de este sub principio, implica la *ley de ponderación*, bajo la fórmula: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio (P<sub>1</sub>), tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro (P<sub>2</sub>). (Alexy, 2003).

Este desarrollo teórico, parece en efecto adecuado para comprender la nueva normatividad: el entendimiento de los contenidos constitucionales como “mandatos de optimización”, apareciendo en ese sentido como una respuesta necesaria al nuevo constitucionalismo, de posibilitar la coexistencia en el ordenamiento de un orden de valores plurales y tendencialmente conflictivos de los modernos diseños constitucionales (Alexy, 2003).

Y esto fundamentalmente, en cuanto al desarrollo teórico de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización, respecto de lo cual, si bien suele verse como una amenaza a su fuerza normativa, también importa ventajas, como lo indica Lopera, en tanto que la interpretación de los derechos fundamentales como normas que reclaman el mayor grado de satisfacción posible atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas de cada caso, permite atribuirles un ámbito inicial de protección mucho más amplio del que supone su aplicación en términos todo/nada (Lopera, 2004).

En efecto, el principio de proporcionalidad, constituye uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales (Clérico, 2008). Esto implica considerar que: 1) los derechos actúan como límites a su limitación, y; 2) que elevan una pretensión de ejercicio; siendo que por ello, la validez de los derechos impone: a) límites frente al exceso de restricción, como también; b) límites frente a una omisión o acción insuficiente que imposibilite injustificadamente su ejercicio (Clérico, 2008).

Y esto se da con los referidos sub principios, que vienen a ser criterios contenidos en el mandato de proporcionalidad, los cuales a continuación abordaremos cada uno de estos.

**a. Examen de Idoneidad.** Bajo este examen, se concibe que si bien es cierto que la implementación de una medida estatal puede en efecto limitar el ejercicio de algún derecho; para ello, desde el punto de vista del derecho limitado, se plantea como primera limitación que por lo menos, esta medida pueda fomentar el logro de un fin legítimo, siendo esto lo que se conoce como “relación entre el medio y fin de la norma” (Clérico, 2008). En tal sentido, este examen supone, primero, la identificación de los elementos objetos de examen, esto es: 1) la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales

legítimos, esto es, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva, y sin reducciones ni aumentos del fin; 2) la individualización del medio empleado, y; 3) la identificación de el o los derechos afectados por la limitación que se ataca de excesiva. En segundo lugar, implica la verificación del elemento referido a la “relación de fomento entre medio y fin”, que se verifica bajo las siguientes reglas:

Regla 1: Cuando el medio establecido que afecta derechos fundamentales puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal).

Regla 2: Cuando el medio establecido que afecta derechos fundamentales no puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio (Clérico, 2008).

Pueden concebirse una versión “débil” y otra “fuerte” de este examen, en relación a los distintos aspectos en los que puede expresarse la relación de fomento entre medio y fin. La versión débil, exige solamente la elección de un medio que se encuentre en relación de fomento con el fin, descartándose los que no. Mientras que la versión fuerte, exige que el medio a través del cual el logro del fin puede ser perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance), cualitativo (el mejor de los alcances) y probabilístico (el más seguro de ser alcanzado) (Clérico, 2008). No obstante, se considera que el examen en esta versión fuerte puede colisionar con el ámbito de competencia del legislador, por lo que, en respeto del mismo, se emplea el examen en su versión débil, donde “fomento” no implica que el medio deba contribuir en la mayor medida posible, de la mejor manera y con el mayor grado de probabilidad al logro del fin, sino tan sólo, si contribuya de una forma general (aspecto cuantitativo), con una posibilidad abstracta (aspecto cuantitativo)

y aun cuando haya una parte no fomentada (aspecto probabilístico). Esto último se entiende, en el sentido de que las leyes suelen aprobar para reglar un número indefinido de casos y/o grupos de casos, pero si existe un grupo de casos en los cuales el medio no puede contribuir al logro del fin, esto no alcanzaría para sostener que la medida legislativa es totalmente inidónea, esto es, que por el hecho de que el medio escogido no sirva para lograr en todos los sentidos el aumento gradual de la probabilidad de realizarlo, no se sigue necesariamente que la medida sea declarada como inidónea, lo cual lleva a precisar la regla de idoneidad en el siguiente sentido:

Regla 3: Cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin, pero no contribuye a su logro en todos los sentidos o sólo lo hace en forma abstracta y en general, pero no en el caso concreto, el medio establecido es idóneo, y deben ser aplicadas las reglas del medio alternativo menos gravoso y la de la proporcionalidad en sentido estricto (Clérico, 2008).

**b. Examen de Medio Alternativo (necesidad).** Bajo este examen, se concibe que si bien es cierto que la implementación de una medida estatal puede limitar el ejercicio de algún derecho, resultando idónea para cumplir un fin legítimo; pero otra limitación que surge desde el punto de vista del derecho limitado, es que esta medida idónea, sea la de entre tantas otras que presten por lo menos la misma idoneidad, la menos lesiva para el derecho. Así, este examen se guía por la siguiente regla:

Regla 1: Si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga

menos a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.

Regla 2: Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de estos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva, por lo que el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo (Clérico, 2008).

Este examen, presenta 3 elementos y 2 comparaciones. Como en el examen de idoneidad, supone: 1) una relación de medio –fin, aunque más compleja, ya que implica; 2) más de un medio técnicamente adecuado, y esta es una; 3) doble comparación: 3.1) los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y; 3.2) en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita al derecho). Para este efecto, entran en el análisis los medios alegados por el afectado y los otros discutidos en círculos de especialistas, por los legisladores, en las organizaciones no gubernamentales, entre otros ámbitos (Clérico, 2008).

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos, basta con que sean tan adecuados técnicamente (en el mismo grado) como el medio establecido, no requiriéndose que sean los óptimos entre los posibles, ya que se trata, de una versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija, que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de

idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador (fin principal, fin secundario, fin mediato o lejano, fin último, fin parcial, según el caso). Cuando resultado de la aplicación de la regla, puede comprobarse que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado (Clérico, 2008).

A su vez, el medio alternativo debe implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico. Frecuentemente se presenta la determinación del medio más indulgente como un procedimiento relativamente simple, dado que existen numerosos casos simples, que se identifican en aplicación de la regla del medio alternativo como candidatos posibles (es decir, restringen en menor medida los derechos fundamentales afectados, u otros bienes jurídicos constitucionales) y candidatos negativos (o los restringen en igual o mayor medida). Sin embargo, la aplicación de la misma regla puede ofrecer un tercer resultado. Si los medios alternativos (igualmente idóneos), restringen en menor medida los derechos fundamentales afectados, pero en mayor medida otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales relevantes para el caso, entonces no ofrece la regla del examen del medio alternativo menos gravoso una decisión, porque el medio establecido no es el menos lesivo en todos los sentidos relevantes, se trata de casos dudosos (Clérico, 2008).

La aplicación de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso, demuestra que existen 2 tipos de resultados: 1) definitivos, en los casos claros, y; 2) abiertos o en principio, en los casos dudosos. Esto importa sostener que no siempre después de este examen surge un medio necesario o alternativo menos lesivo, por causa de razones estructurales y epistémicas. En los casos con resultado abierto la regla del medio alternativo

menos lesivo funciona como una suerte de “preestructuración” del examen de proporcionalidad en sentido estricto, siendo así que cuanto más amplia sea la diferencia entre el medio escogido, y el medio alternativo respecto de la menor lesividad en cuanto a la restricción de los derechos afectados, tanto más peso pierden los argumentos que hablan a favor del medio escogido y, que en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pretenden justificar la limitación al derecho afectado (Clérico, 2008).

**c. Examen de Proporcionalidad en Sentido Estricto.** Un medio idóneo y necesario para el fomento de un fin no debe ser implementado, sin embargo, si los perjuicios para los derechos fundamentales de los afectados que se derivan del medio son mayores que la importancia del fomento del fin, en modo tal que el medio escogido aparece como desproporcionado. Además, para una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad (soportable) para los destinatarios de la prohibición. La regla de la proporcionalidad en sentido estricto dice:

Regla 1: Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio.

Regla 2: Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción iusfundamental) no sobrepasa el paso de los



argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción iusfundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio (Clérico, 2008).

El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho. Esta relación reconoce una misma estructura formal conformada por dos pilares: la colisión y la ponderación. Sin embargo, no todo es ponderación en el caso concreto. Algunas etapas se mueven en el nivel de la aplicación de reglas sin ponderación. Por ello, se requiere aclarar las etapas de este procedimiento de justificación. Esto ha permitido argumentar, a su vez, que sostener una suerte de “inflación de la ponderación” y que se estaría viviendo en un “estado de ponderación”, resulta una objeción injustificada para un modelo de la proporcionalidad orientado por reglas y que supone como elementos los siguientes: la determinación de la colisión de principios, la consideración de la aplicación de una regla-resultado de la ponderación que soluciona la colisión sin ponderación en el caso concreto, la determinación de la intensidad de la restricción al derecho, la determinación del peso abstracto del derecho afectado, la determinación del peso abstracto del fin de la medida estatal, la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados; la formulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación (Clérico, 2008).

**d. *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*** La aplicación del principio de proporcionalidad, se da a través del denominado *test de proporcionalidad*, desarrollado fundamentalmente en nuestro ordenamiento jurídico por distintas sentencias expedidas por nuestro Tribunal Constitucional (TC, N° 579-2008-PA/TC, 05 de junio de 2008). En la sentencia del 12 de diciembre de 2012,

correspondiente al expediente N° 00008-2012-PI/TC, mediante la cual se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, que regula el delito de violación sexual de menor entre 14 y 18 años de edad, el Tribunal estableció que la aplicación del *test de proporcionalidad*, importa seguir los antes referidos pasos teóricos, conforme al siguiente detalle:

Examen del Subprincipio de Idoneidad. Siendo que este examen se realiza respecto a medidas que limitan un derecho fundamental, debe identificarse primero: (1) cual es esta medida o medidas, y (2) cual es el derecho fundamental que estas limitan. Luego, debe identificarse (3) la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida o medidas que limita el derecho fundamental, y después, (4) verificar si esta medida o medidas son idóneas o adecuadas para lograr tal fin. Para tal efecto, debe distinguirse entre (5) el objetivo, y (6) la finalidad que persigue la medida o medidas, teniendo que ver el primero, con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de la medida o medidas, y la segunda, comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de dicha disposición.

En el caso específico de la sentencia, en que se discutía la constitucionalidad de un tipo penal, el Tribunal estableció que en esta fase es donde se manifiestan los principios (desarrollados por la dogmática jurídico penal) de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, siendo que para ser válida constitucionalmente, debía de tener como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Asimismo, estableció que, en materia constitucional penal, el objetivo y la finalidad de una disposición penal se relaciona con los denominados fines de la pena, en el sentido de que:

- La actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el fin preventivo de las penas en su vertiente negativa, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal.
- La medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente negativa, la cual identifica con la definición de Roxin como el “ejercicio de la confianza en el derecho, que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado”.
- La medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada prevención especial de efecto inmediato, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta, tal y como lo señaló el Tribunal en su sentencia del 21 de julio de 2005, en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, respecto a que “la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)”.

Finalmente, este examen exige la comprobación de (7) la adecuación, que consiste en la relación de causalidad de medio a fin, esto es, entre la medida o medidas y el fin propuesto (análisis de una relación medio – fin).

Examen del Subprincipio de Necesidad. Este examen se realiza bajo la fórmula establecida por el Tribunal en su sentencia del 3 de junio de 2005, en el expediente N° 00050-2004-AI/TC, de que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y que sea más benigno con el derecho afectado. Esto requiere, (1) analizar, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

Asimismo, el Tribunal estableció que en materia penal, el examen de necesidad exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables. Y para tal efecto, preciso que el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves, citando a Hurtado Pozo en el sentido de que el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo, debiendo sólo recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones.

Preciso, asimismo, que, en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan precisado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios

(disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). En ese sentido, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos, y sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

Examen del Subprincipio de Proporcionalidad en Estricto o Ponderación. Este examen se realiza por medio de la denominada ley de ponderación material, que como lo ha establecido el Tribunal en distintas sentencias (TC, N° 0045-2004-PI/TC, fundamento 40; N° 0023-2005-PI/TC, fundamento 75; N° 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; N° 0001-2008-PI/TC, fundamento 19; N° 0017-2008-PI/TC, fundamento 36; N° 0016-2009-PI/TC, fundamentos 12), supone que cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor (es decir, por lo menos equivalente), tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esto implica que las ventajas que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios o desventajas que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.

En ese sentido, citando la doctrina de Bernal Pulido, el Tribunal estableció que la estructura argumentativa de este examen tiene los siguientes pasos:

- Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, (a) la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas), y; (b) la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención (grado de ventajas). En la determinación de dichos pesos, se puede tomar en consideración

elementos tales como (i) la eficacia, (ii) rapidez, (iii) probabilidad, (iv) alcance, (v) duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental, o en la satisfacción del fin de la medida.

- Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin de la medida.

Pero, además, el Tribunal indicó la importancia de considerar una segunda variable en este examen, referido al “peso abstracto de los principios relevantes”, en el entendido de que cuando mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitucional, mayor será su peso en la ponderación.

**D. Derecho Fundamental a Percibir Alimentos.** Con el abordaje del desarrollo de la nueva perspectiva ius fundamental del Neo constitucionalismo, así como de sus elementos principales, cabe ahora, hacer una caracterización del ser del derecho a percibir alimentos a partir de esa línea filosófica. Para ello, se va a pasar a ver primero, cuales son las posiciones sobre la naturaleza jurídica del derecho a percibir alimentos, para luego abordar en concreto, el análisis desde las perspectivas del Neo constitucionalismo.

**a. Posiciones Sobre la Naturaleza del Derecho a Percibir Alimentos.** En la doctrina, se erigen distintas posiciones sobre la naturaleza del derecho a percibir alimentos, dentro de las cuales encontramos las siguientes (Reyes, 1999):

- La que considera que se trata de una obligación legal, en el entendido de que su fuente sería la ley, quien la impone a determinadas personas de satisfacer las necesidades de

otras que se encuentran en imposibilidad de satisfacerse por sí mismos (Ojeda, 2009).

- La que considera que es un efecto de relaciones jurídicas del derecho de familia, tales como la filiación, matrimonio, adopción. Esta connotación, enfatiza una consideración de derecho natural en cuanto a las relaciones familiares que subyacen a las instituciones del derecho de familia, como lo ha puesto de manifiesto Álvarez (1985).
- La que considera que se trata de una obligación dineraria más, u ordinaria, en base a lo cual se suele sostener que en los casos de incumplimiento, no se podría utilizar la pena privativa de libertad, por implicar una vulneración al principio de prohibición de prisión por deudas. Esta posición, aunque con un contorno distinto, ubica de igual forma el origen de la obligación alimentaria en la ley, como una deuda. No obstante, cabe destacar que esta posición enfrenta duras críticas, como las que señala Vaz Ferreyra, en el sentido de que el derecho a percibir alimentos no puede ser objeto de venta, cesión, gravamen o garantía, además de tener un carácter irrenunciable que lo sustrae del comercio de los hombres para convertirlo en un derecho tutelado aún contra la voluntad del titular.
- Finalmente, tenemos la posición que se pronuncia en favor de la autonomía científica de la obligación alimentaria, como lo refiere Vaz Ferreyra, citado por Operti, como un derecho humano o autónomo –en sentido amplio- y como tal de una categoría jurídica específica.

Asimismo, tenemos también la distinción de Peralta (citado por Cortez y Quiroz, 2014), en cuanto a las siguientes tesis:

- En primer lugar, según Messineo, el derecho alimentario tiene naturaleza genuinamente patrimonial, y por ende, transmisible. Actualmente esta concepción ya ha sido superada considerándose que el derecho alimentario no es solo de naturaleza patrimonial sino también de carácter extra patrimonial y personal.
- En segundo lugar, tenemos que Ruggiero, Cicu y Giorgio, entre otros, consideran los alimentos como un derecho personal o extra patrimonial en virtud del fundamento ético – social y del hecho de que el alimentista no tiene ningún interés económico, ya que la prestación recibida no aumenta su patrimonio ni sirve de garantía a sus acreedores, presentándose, entonces, como una de las manifestaciones del derecho a la vida, que es personalísima. Conforme a ello, se afirma que es un derecho inherente a la persona y así como es consustancial a la persona el derecho a percibir alimentos, es también personal el deber de prestarlos, lo cual significa su intrasmisibilidad.
- Por último, tenemos la tesis que invoca que el derecho a los alimentos tiene una naturaleza sui géneris, por ser una institución de carácter especial, de contenido patrimonial y finalidad personal conexas a un interés superior familiar, que se presenta como una relación patrimonial de crédito – débito, por lo que existiendo un acreedor puede exigirse al deudor una prestación económica en concepto de alimentos. Cortez y Quiroz sostienen que nuestro Código Civil se adhiere a esta tesis.

Al respecto, hemos de considerar siguiendo a Fripp, que si bien es usual pensar que estando a que en los procesos de alimentos, las pensiones alimenticias liquidables tienen su



traducción en una suma de dinero, su naturaleza es la de un derecho patrimonial, tal concepción es equivocada, siendo que como señala Zannoni, si bien la prestación alimentaria tiene una entidad económica, empero, el derecho y la obligación alimentaria que le son correlativas no tienen un objeto ni finalidad de esa índole; no se pretende satisfacer un derecho patrimonial, sino que por el contrario, su finalidad es permitir al alimentado satisfacer sus necesidades materiales y espirituales, con la extensión que corresponda según el supuesto (Siguiendo a Zannoni, Fripp, 2009).

Por ello, coincidimos en que la obligación alimentaria tiene carácter asistencial (siguiendo a Zannoni, Fripp, 2009), así como que, como se explicará más adelante, se trata de un derecho humano, fundamental y autónomo (Reyes, 1999), el cual es exigible, de primera mano, a los familiares, empero que corresponde al Estado su aseguramiento.

**b. *Carácter del Derecho Fundamental del Derecho a Percibir Alimentos.*** Se ha dejado anotado, que cierta parte de la doctrina considera que el derecho a percibir alimentos tiene un carácter legal, por cuanto su naturaleza, provendría precisamente de la ley, como un derecho regulado a favor y a cargo de determinadas personas con vinculación familiar por razones de necesidad y socorro. Sin embargo, como lo refiere López (2009), el derecho de alimentación, al tratarse de una actividad vital para todos los seres vivos, es un derecho fundamental tanto por su naturaleza, como porque así lo reconocen diversos documentos jurídicos fundamentales de derecho internacional, entendiéndose que cuando se habla de derecho fundamental, se hace referencia a la protección de los intereses más importantes de toda persona, o dicho de otra forma, de los bienes básicos necesarios para poder desarrollar

cualquier plan de vida de manera digna, con independencia de cualquier circunstancia que pueda caracterizar la existencia de una persona.

Así, puede encontrarse reconocimiento internacional del derecho a percibir alimentos, en los siguientes instrumentos jurídicos internacionales (Reyes, 1999):

- La Declaración de los Derechos Humanos, que en su artículo 3 establece que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; asimismo, en su artículo 25 inciso 1, respecto de que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad”, mientras que en su inciso 2 se establece que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Respecto al inciso 1 del citado artículo 25, como lo indica López, en realidad no se refiere de manera directa al derecho a la alimentación sino a un nivel de vida adecuado para todas las personas, lo mismo que para sus familias, siendo que, la alimentación como derecho universal aparece aquí como una condición indispensable para lograr el derecho a un nivel de vida adecuado, por eso se encuentra junto con otros derechos sociales que en conjunto buscan contribuir a que los seres humanos podamos alcanzar ese objeto. Así lo ha reconocido el propio Consejo Económico Social de la ONU, en el sentido de que: “el derecho a la

alimentación forma parte del derecho más amplio a un nivel de vida adecuado” (López, 2009).

Asimismo, respecto a su inciso 2, se refiere que esta parte termina por confirmar la indicación del derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la alimentación como una condición para lograrlo, siendo que por ello, se aseguran los cuidados especiales para la madre en el periodo prenatal, dada su vulnerabilidad tanto de esta como del futuro ser (López, 2009).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce en su artículo 11 inciso 1 el: “...derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...”, asimismo, en su inciso 2: “Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

Lo primero, se refiere de igual forma a como se reconoce en la Declaración de Derechos Humanos, al derecho a percibir alimentos como medio para lograr un nivel de vida adecuado, que se relaciona también con la protección de las personas frente al hambre, de su inciso 2.

Lo segundo, como lo considera López, se refiere más bien a los tipos de medidas que los Estados están obligados a tomar para asegurar el ejercicio del derecho a la alimentación al interior de sus países: una destinada a la producción, conservación y distribución de los alimentos, lo cual conecta directamente con la reforma agraria, la explotación de los recursos naturales y los programas para el desarrollo rural, de carácter nacional; la otra tiene que ver con la distribución equitativa de los alimentos a nivel mundial, con lo cual se busca terminar con la dependencia alimentaria (López, 2009). Esto se relaciona más bien, con otros derechos humanos distintos a las del derecho a percibir alimentos, tales como el derecho a la alimentación adecuada, a la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria, que se vinculan al aspecto estricto de “alimentos” como el conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos necesarios para el desarrollo fisiológico de las personas (López, 2009) y las obligaciones de los Estados para su aseguramiento como aspectos generales de la alimentación de la población y no respecto a prestaciones específicas de alimentos.

Sin embargo, hay una relación estrecha entre el derecho a percibir alimentos y el derecho a la alimentación adecuada. Al respecto, en la Observación 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, encargada de dar seguimiento al pacto, ha considerado que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende la disponibilidad y la accesibilidad a los alimentos en forma que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (López, 2009, p. 59). Sobre esta

última, comprende la accesibilidad económica y física, comprendiendo esta última: “...que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. (...)” (López, 2009).

En efecto, es una obligación estatal el asegurar a las personas el acceso a una alimentación adecuada, lo cual puede darse dentro de las regulaciones de mercado, entre otros, empero, para las personas que no pueden valerse por sí mismas, el acceso a la alimentación implica también la configuración de una legislación que permita brindarles alimentos subsidiariamente, lo cual se da, con la regulación legal de la obligación alimentaria, para efectos de asegurar el derecho a toda persona de gozar de una vida adecuada. En relación a ello, se tiene que el Comité ha establecido que las violaciones del derecho a la alimentación pueden darse también por actos estatales como, entre otros: 1) derogar o suspender la legislación necesaria para seguir disfrutando el derecho a la alimentación; 2) adoptar legislación o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas anteriores relativas al derecho a la alimentación, y; 3) no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas (López, 2009).

En el caso de la regulación legal de la obligación alimentaria, se imprime una de los deberes más importantes del Estado en asegurar por medio de ella, un acceso a la alimentación adecuada de las personas que se encuentran en estado de necesidad en relación a su derecho humano a gozar de un nivel de vida adecuado.

Al respecto, si bien es cierto que cada Estado tiene un margen de elección para decidir sus propios enfoques, lo que no puede hacer es dejar de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que todas las personas queden libres del hambre y que puedan disfrutar lo más pronto posible a una alimentación adecuada. Para lograr lo anterior se requiere que el Estado apruebe “una estrategia nacional que garantice la seguridad alimentaria y de nutrición para todos, sobre la base de los principios de los derechos humanos que definen los objetivos, y formular las políticas y los indicadores correspondientes”. Dentro de estas medidas “deberán identificarse los recursos disponibles para cumplir los objetivos y la manera de aprovecharlos más eficazmente en función de los costos” (López, 2009).

Debemos concluir con López, que el pacto es enfático tanto en el derecho fundamental de las personas a la alimentación, como en la obligación de los Estados que lo han firmado a garantizarla, siendo que: en el primer caso, el derecho es universal y se extiende a toda persona por el solo hecho de serlo, además de tener como finalidad que todos podamos alcanzar un nivel de vida adecuado, por lo cual, junto con la vivienda y el vestido, se convierte en elemento condicionante de ésta; mientras que, en el segundo caso, la obligación de los Estados es genérica, pues se establece el compromiso de tomar medidas apropiadas para asegurar la eficacia del derecho, pero no se especifican cuáles deben ser éstas, dejando que cada Estado las determine de acuerdo con sus condiciones y posibilidades materiales (López, 2009).

Estas medidas pueden ser de 3 tipos: legislativas, a fin de homologar el derecho interno con el internacional, reconociendo el derecho a la alimentación como derecho fundamental; políticas públicas, sobre todo en materia de producción y abastecimiento de

alimentos; y programáticas, a fin de dotar de alimentos a quienes no pueden acceder a ellos por sí mismos (López, 2009).

Por su parte, en la Declaración sobre los Derechos del Niño, se establecen disposiciones expresas sobre el derecho de los niños, sobre la base de los siguientes principios:

Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá, será el interés superior del niño”.

Principio 4: “El niño debe gozar de los beneficios de la Seguridad Social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán brindarles tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y post-natal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

En base a ello, se tiene que los alimentos constituyen un factor indispensable para la vida, sin los cuales el individuo perecerá indefectiblemente, y en el caso de que no sean suficientes, se verá limitado en su desarrollo integral, físico, mental y psicológico, por lo que se suele considerar que la omisión del cumplimiento de esta obligación, es un atentado contra los derechos humanos (Reyes, 1999).

En cuanto a las normas de nuestra Constitución Política de 1993, tenemos que su artículo 6, en su segundo párrafo, establece el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad jurídica a sus hijos, con lo cual, se reconoce de modo específico la obligación constitucional de proveer alimentos, aunque se responsabiliza de la misma no al

Estado, sino a los padres, y tampoco se establece de modo general, para todas las personas, como lo establecen las normas de derecho internacional, sino tan solo respecto a los hijos; sin embargo, ello no es óbice para desconocer su alcance universal, pues en virtud de su artículo 55, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

De otro lado, se tiene que el artículo 4, establece de modo genérico el deber de la comunidad y el Estado de proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, así como también, la protección a la familia y el matrimonio, de lo cual se puede deducir también la necesidad de asegurar el derecho alimentario de todas estas personas en estado de vulnerabilidad, con mayor razón aún, si conforme a las normas internacionales aplicables como derecho internacional, el derecho a un nivel de vida adecuado que se logra a través del derecho a los alimentos es universal.

Finalmente, la otra referencia constitucional la encontramos en el artículo 2, inciso 24, literal “c” de la Constitución, que establece una exclusión del principio de prohibición de la prisión por deudas a las derivadas de deberes alimentarios, con lo cual, se le reconoce una especial relevancia constitucional que incluso permite de modo preferencial la aplicación de la privación de libertad como mecanismo estatal para asegurar su cumplimiento.

**c. *El Derecho Fundamental a Percibir de Alimentos en la Jurisprudencia.*** Por parte de la Corte Suprema, no se encuentra muchos pronunciamientos que desarrollen de forma explícita la naturaleza fundamental del derecho a percibir alimentos, no obstante que, parecer ser un aspecto de amplio consenso y reconocimiento, por lo cual tenemos, lo indicado en la Casación N° 2076-2003-Puno, del 12 de mayo de 2003, en la que se estableció que: “...no se está debatiendo la filiación del demandado para con la menor, sino que, el objeto de este



proceso es tutelar a la menor, concediéndole o no alimentos que es un derecho asistencial humano...” (Subrayado agregado) (Ramos, 2013).

No obstante, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha ido dilucidando poco a poco la naturaleza fundamental del derecho a los alimentos, ello a partir de los distintos dispositivos constitucionales a que se ha hecho referencia.

En primero lugar, referente a la cláusula de exclusión de la prohibición de la prisión por deudas por incumplimiento de deberes alimentarios establecida en el artículo 2, inciso 24, literal “c” de la Constitución, que establece que no hay prisión por deudas, pero que sin embargo, este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido 2 especificaciones en cuanto a este principio constitucional. La primera especificación se relaciona a la naturaleza de las deudas que son alcanzadas por esta prohibición, esclareciendo, que se prohíbe la prisión por deudas por el incumplimiento de: “...obligaciones originadas en relaciones de orden civil” (STC, N° 9068-2005 – PHC/TC, 29 de agosto de 2006, fundamento 5). Y la segunda especificación, se relaciona a la vinculación constitucional del deber de asistencia alimentaria como instrumento para la satisfacción de otros derechos fundamentales, en el sentido de que si bien puede caer dentro del supuesto de prisión por deudas (pues se trata de una deuda originada en una relación civil), se le excluye como excepción de la prohibición constitucional de no aplicar prisión para hacer frente a una deuda, dado que por medio: “...no están cuestiones pecuniarias o materiales, sino la tutela de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista”. (TC, N° 9068-2005 – PHC/TC, 29 de agosto de 2006, fundamento 5).

Se reconoce así que el fundamento constitucional de los deberes alimentarios, proviene en realidad de los derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud y la integridad física y psicológica del alimentista.

En segundo lugar, otro de estos dispositivos constitucionales, es en cuanto al deber constitucional de asistencia familiar como finalidad del otorgamiento de una pensión alimenticia, como lo ha establecido el Tribunal (TC, N° 03972-2012-PA/TC, 27 de setiembre de 2013, fundamento 18).

Finalmente, en cuanto al contenido del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional implícito en el artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente; así como reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, precisamente, en su artículo 3, en el cual se establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...)”, así como en relación a las distintas disposiciones de su artículo 27; concluyendo el Tribunal, que estas normas convencionales, conforme al artículo 55 de la Constitución y su Cuarta Disposición Final y Transitoria, son parte del derecho nacional y vinculan al ordenamiento jurídico peruano (TC, N° 04058-2012-PA/TC, 30 de abril de 2014, fundamentos 14, 15 y 16).

Con ello, no queda más que afirmada nuestra posición, en cuanto a que se reconoce que efectivamente, el derecho a los alimentos es un derecho humano y fundamental, que se proyecta de otros derechos de trascendental importancia como el de la vida y la dignidad

humana, siendo que si bien constitucionalmente se ha encargado su responsabilidad a los miembros de la familia, corresponde al Estado asegurar su cumplimiento, estando a su condición de derecho humano y fundamental, no tratándose así de una mera obligación legal ni una simple acreencia dineraria, aun cuando pueda traducirse así para efectos de lograr su satisfacción y exigencia judicial.

**d. *Implicancia del Carácter de Derecho Fundamental.*** Siguiendo la definición de Ferrajoli, puede entenderse a los derechos fundamentales como todos los derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva de prestación o negativa de no sufrir lesiones adscritas a un sujeto por una norma jurídica; y por “estatus”, a la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (Citando a Ferrajoli, López, 2009).

En ese entendido, sobre su carácter de derecho subjetivo, hace referencia a una facultad atribuida a un sujeto o una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos, a quienes por ley se les impone una prestación correlativa; el contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto obligado, donde la obligación es la conducta que un sujeto está constreñido por ley a cumplir y el titular del derecho subjetivo le puede exigir su ejecución, incluso de manera coactiva, contra la voluntad del sujeto obligado, situación que incluye una prohibición, que es el impedimento jurídico para realizar determinada conducta, pues si ésta se ejecutara se afectarían los derechos de terceros y traería aparejada su nulidad para resarcir al afectado (López, 2009).

Al respecto, cabe distinguir con Atienza, que un “derecho subjetivo” puede tener varias manifestaciones, que pueden ser de 4 tipos (López, 2009):

- Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo –es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma– y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X conducta es *facultativa* (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular).
- Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo –es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior– y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X conducta es *obligatoria* (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X).
- Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión, es decir, cuando el derecho fundamental de “A” implica que “B” no haga algo, que no realice determinada conducta, y la conducta de “A” respecto de sus propio derecho consiste en exigir, facilitar o colaborar con “B” para que realice determinada conducta es *facultativa*, es decir, “A” no puede exigir a “B” que se abstenga de realizar determinada conducta, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que “A” es titular.

- Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no hacer algo, que no realice determinada conducta), y la conducta de A respecto de su propio derecho consiste en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X conducta es *obligatoria* (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular).

Como lo refiere López, esta clasificación es importante en la medida que clarifica que el derecho subjetivo a que da lugar un derecho fundamental no siempre consiste en exigir de la autoridad que actúe para que un derecho pueda ser exigible, pues hay ocasiones en que es necesario colaborar para que la realización del derecho sea posible; incluso puede haber casos en que se le exija que no haga nada para que el derecho pueda realizarse. Es así que, como lo considera el autor, en el caso del derecho a la alimentación, requiere de la actuación de las autoridades estatales pero también la participación de los ciudadanos, de acuerdo con la forma específica que adquiriera (López, 2009).

Asimismo, es importante reconocer su naturaleza como un derecho social, que como derecho fundamental, es un derecho público subjetivo, que regula prerrogativas de la sociedad o de grupos sociales en especial, conforme a criterios de justicia y bienestar, cuyos objetivos son la intervención del Estado, de la sociedad o de las personas para suministrar a las personas ciertos bienes o condiciones de vida de los que carecen. A diferencia de los derechos individuales, los derechos sociales no protegen a las personas en particular sino a un determinado grupo de ellas que pertenecen a grupos sociales caracterizados por estar colocados en una situación socioeconómica desventajosa en relación con otros grupos de personas, razón por la cual requieren de la intervención externa para equilibrar su nivel de

vida (López, 2009). Así el derecho a los alimentos, estaría al mismo nivel que los derechos a la educación, la protección de la salud, a un medio ambiente adecuado, el derecho a la vivienda, entre otros.

Con estas distinciones, podemos ubicar el derecho fundamental a los alimentos como un derecho subjetivo y social, en la medida de que, con base en el derecho humano de todas las personas a lograr un nivel de vida adecuado y en específico, de la obligación de los Estados a lograr un acceso a los alimentos, el Estado se ve obligado a fijar las medidas políticas necesarias para asegurar ello, lo cual se hace, de un modo imprescindible, con la regulación legal de la obligación alimentaria a los parientes u otras personas que asumen responsabilidad por el alimentista, siendo ello una exigencia a nivel público y de necesidad social. Pero también, este derecho se concreta como una exigencia de carácter positivo, puesto que su titular puede exigirlo en primer lugar, a quien el Estado ha establecido como obligado, empero ello no quita que también pueda ser exigido al Estado, para que a través de su organización, ejecute todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de los deberes alimentarios por parte de los obligados.

No se trata de un derecho que implique un no hacer, salvo que con ello se implique, la prohibición a terceros y del mismo Estado de no limitar o afectar que pueda darse la prestación alimentaria o evitar su satisfacción por parte del titular del derecho, así como siguiendo a López, al dejar de adoptar las medidas (en cuanto pudiere) que sean necesarias para garantizar que todas las personas queden libres del hambre y que puedan disfrutar lo más pronto posible a una alimentación adecuada (López, 2009). Esto último puede darse, en relación a lo que establece el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto se establece que: “(...) Los Estados tomarán medidas

apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho”, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 27.4 establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...)”.

Si bien no encontramos en nuestra jurisprudencia, una delimitación clara de cómo opera el derecho a percibir alimentos dentro de sus implicancias como derecho fundamental, en el derecho mexicano, podemos encontrar un pronunciamiento cuyos argumentos se adecuan a lo hasta ahora desarrollado; este pronunciamiento, fue expedido por el Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito del Poder Judicial del Estado Federado de México, en el año 2006, estableciendo fundamentalmente, que el derecho a la satisfacción de las necesidades de los niños (alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral) aparte de ser una obligación fijada en la Constitución Mexicana a particulares (progenitores u otros), se configura para el Estado como un derecho público subjetivo, un derecho fundamental, originado en los clásicos derechos civiles o de primera generación, que ha evolucionado a ser un derecho social o de segunda generación, y programático, donde el Estado viene a ser el sujeto pasivo, quien tiene el deber de realizar, a favor de los niños, los sujetos activos, distintas prestaciones positivas de dar o de hacer, en busca de satisfacer sus necesidades cuyo logro no siempre está al alcance de los recursos individuales de los responsables primarios de su manutención (progenitores u otros), lo cual se traduce entre otros, de la exigencia de políticas de bienestar, de solidaridad y seguridad sociales, así como de un desarrollo integral (material, económico, social, cultural y político). Es de recalcar, que para establecer tal interpretación, el Tribunal no solo se

sustento en la Constitución Mexicana, sino también en la Convención sobre los Derechos del Niño (López, 2009).

Cabe precisar, que si bien este pronunciamiento hace referencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo que como en el Perú, no se regula el derecho a los alimentos como un derecho universal, ello no es óbice, para al amparo del derecho a un nivel de vida adecuado como derecho humano que se garantiza con los alimentos, esta exigencia sea extensiva al derecho a percibir alimentos de todas las personas.

No compartimos la postura de López (2009), quien considera que respecto a la omisión constitucional del derecho mexicano para reconocer el derecho fundamental a la alimentación como un derecho universal, cuyos titulares serían todos los mexicanos, y las de los tratados que sí lo establecen, existe una antinomia jurídica, porque los tratados imponen obligaciones de hacer a los órganos de gobierno y la omisión constitucional permite que no hagan, opinando en ese sentido el autor, que ello se resolvería por orden jerárquico, a favor de la Constitución, no pudiendo por ello el derecho a la alimentación, como derecho universal, ingresar al ordenamiento jurídico mexicano y por ende no sería exigible ante los órganos estatales, a diferencia de su consideración como derecho de los niños, que estaría amparado por su regulación constitucional. Ello es así, porque en el caso peruano, el derecho a los alimentos como derecho universal no solo ingresa de modo indefectible a nuestro ordenamiento jurídico a partir del artículo 55 de la Constitución, que establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, sino también porque nuestra Constitución establece una sistema *númerus apertus* de derechos fundamentales, conforme lo establece su artículo 3, en el sentido de que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución



garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que de entre estos derechos de naturaleza análoga, se encuentran sin lugar a dudas, los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte, considerando que todos ellos, por su naturaleza, enuncian derechos de carácter constitucional.

En dicho sentido, no cabe más que concluir que en efecto, el derecho a los alimentos tiene la naturaleza jurídica de un derecho fundamental reconocido por la Constitución y diversos tratados internacionales de los que el Perú es parte, pudiendo concebirse también, dentro del paradigma ius filosófico del Neo constitucionalismo, al tener el carácter de derecho fundamental, como una norma principio, cuya funcionalidad, es como mandato de optimización, que implica intrínsecamente el principio de proporcionalidad.

### ***2.1.2. Abordaje Ius Filosófico de la Pena Privativa de Libertad***

Ahora, en cuanto a la variable aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, se va a abordar los temas más relevantes que se relacionan con el sentido de la investigación, y estando al carácter jurídico de la variable, y su especialidad en el campo penal, se va a abordar desde los estudios ius filosóficos de ese campo.

En efecto, el derecho penal, es una práctica social que es también objeto de la reflexión filosófica (Ferrante, 2015). De entre estas, las más importantes, y de abordaje relevante para la presente investigación, son las referidas a: (1) la justificación del castigo, esto es, de las razones de porque se castiga; (2) el ser del sistema punitivo y de la pena, que es el mecanismo a través del cual actúa, y; (3) las funciones que se le atribuyen a la pena.

**A. La Justificación del Castigo.** Una de las cuestiones más relevantes sobre la filosofía del derecho penal, es lo relativo a la justificación del castigo, que puede identificarse, con la pregunta de: ¿Por qué, y en su caso, en qué condiciones puede ser correcto provocarle intencionalmente un mal a alguien que ha hecho él mismo un mal? (Ferrante, 2015), esto es, cual es la justificación que permite a la organización social, a través de su aparato estatal, imponer penas a los ciudadanos que cometen males sociales, como es el caso de los delitos.

Esto así, puesto que como lo señala Mizrahi, (2012), en cuando se trata de castigar, no basta con que un acto violento haya sido suscitado por otro semejante para que sea considerado justo, puesto que, la justicia no está en la acción de castigar misma, aunque fuera idéntica a la acción cometida por la cual se castiga, sino que depende del dispositivo discursivo que le enmarca y le otorga un significado social determinado, que es la pena. Siendo por ello, que aun cuando estas razones apelan órdenes discursivos muy diversos, según las épocas y preferencias teóricas de los autores, son filosóficas en la medida en que exceden el registro de lo meramente establecido, lo toman problemático y a partir de allí dan lugar a una fundamentación que contribuye a la legitimación social de la pena (Mizrahi, 2012).

Históricamente, las respuestas que se han ofrecido a esta cuestión, pueden separarse en dos grandes posiciones:

De acuerdo con una primera posición, existiría algo así como una justicia retributiva, que encuentra algo de justicia en el castigo, esto es, que si una persona es genuinamente reprochable, en el sentido de que ha cometido una acción genuinamente aberrante y lo ha

hecho culpablemente, entonces su castigo es algo intrínsecamente valioso, esto es, que no se requiere de otra cosa para justificar el castigo (Ferrante, 2015).

Dentro de esta posición, podemos ver la postura de Kant, para quien, el castigo de justifica, por el hecho de que un individuo merece ser castigado si es culpable de haber cometido un delito, de lo cual, indica Anitua (2015), se demuestra el intento de abandonar toda justificación empírica o que vaya más allá de la propia responsabilidad individual guiada por el libre albedrío, en concreto, por un tema de justicia, lo cual se denota, en el conocido ejemplo de Kant, de que aun cuando una sociedad debiera disolverse, donde ya no tuviera alguna utilidad la pena, eliminar al último delincuente, siendo que de lo contrario, se sería cómplice de la vulneración de la justicia. Esto, no obstante, a que, para Kant, la venganza sirve en efecto para la defensa o sostenimiento de la sociedad civil único lugar en el que puede respetarse el imperativo categórico (Anitua, 2015).

De otro lado, tenemos también a retributivistas contemporáneos, como Michael Moore o Leo Katz, quienes suelen mostrar con éxito la estabilidad de las intuiciones retributivistas del valor intrínseco del castigo como una consecuencia razonable para quien ha cometido un hecho atroz (Ferrante, 2015).

De acuerdo con una segunda posición, una justificación consecuencialista parecería simple y convincente, en el entendido, de que para justificar el castigo, habría que preguntarse sobre las consecuencias que produciría el imponer un castigo en comparación con el hacer alguna otra cosa en su lugar, siendo ese el pensamiento de Jeremy Bentham, con la idea de que bajo el principio de utilidad, el castigo sólo puede ser admitido –si es que ha de ser admitido-, en la medida en que pueda esperarse de él que evitará un daño mayor al que impone (Ferrante, 2015).

En ese sentido, en la visión de Bentham, el castigo está justificado si es una medida eficiente para la minimización del daño (Ferrante, 2015). En efecto, el utilitarismo benthamiano admite diversas funciones de las que hoy conocemos como prevención general, especial, negativa o positiva, siendo que en su versión más simple, Bentham justifica la pena en tanto que sirve para obtener la disuasión de realizar otra vez el acto por el cual se lo castiga, tanto por parte del culpable, como de los que no lo hicieron, dado que podrían verse tentados a imitarlo (Anitua, 2015). Así, el castigo no es sólo un mal que se aplica contra otro mal, sino que se convierte en un bien, por lo que se justifica, por las consecuencias valiosas que obtenga de cara al futuro, aunque sólo pueda relacionar con un acto pasado indeseable, pero que ya no se puede cambiar (Anitua, 2015).

Este enfoque, se ha enfrentado a lo largo de la historia, principalmente a objeciones relacionadas con su solvencia empírica, de las cuales muchos autores consecuencialistas han intentado dar cuenta especialmente haciendo las más complejas teorías sobre el mecanismo que permite establecer las relaciones causales esperadas entre el castigo y el conjunto de delitos que se cometen en la sociedad (Ferrante, 2015), no obstante, que como lo indica Anitua (2015), la necesidad de demostrar la utilidad de la pena, hace que se convierta la justificación de la pena en una “justificación imposible” desde parámetros sociológicos.

Actualmente, es esta perspectiva de utilidad social de la pena la que sustenta mayoritariamente la fundamentación de su utilización, y que ha dado inicio, a otro campo de abordaje filosófico, referente a las teorías que sustentan las funciones que cumple la pena, como vamos a ver más adelante, con las cuales se pretende sustentar efectos positivos del castigo para la sociedad, justificando de esta manera que pueda ser impuesto por los aparatos estatales.

## **B. El ser del Sistema Punitivo y de la Pena**

**a. *Intervención Punitiva del Estado.*** Entre los elementos materiales de poder del Estado, encontramos en primer orden al denominado “poder punitivo”, que ha sido en todos los sistemas históricos, el modo de proveer las normas y los órganos destinados al control social, mediante el castigo de aquellas conductas consideradas delictivas, para garantizar el funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines (Gómez, 2000).

Si bien es cierto que comúnmente se reconoce al “poder punitivo” o “*ius puniendi*” en su locución latina, como un derecho subjetivo del Estado a “penar” o “castigar” conductas delictivas, más propiamente, se trata de una potestad que tiene el Estado de utilizar un “sistema específico de coacción” para hacer valer sus fines frente a ciertas conductas de especial connotación social, esto es: el sistema punitivo; el cual, históricamente, ha venido siendo definido por las más cruentas acciones a las que se sometía a una persona –como las de la ley del Talión, las ejecuciones, y la prisión, método preeminente en nuestros días-, como consecuencia de haber incurrido en una conducta en extremo desvalorada socialmente, bajo distintos calificativos que han dado origen al concepto de “delito”.

Esto es así, por qué el sistema punitivo no es el único sistema coactivo con el que cuenta el Estado para cumplir sus fines, fundamentalmente, la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos; contamos con otras formas de coacción estatal, tales como: a) la coacción reparadora o retributiva, y; b) la coerción directa o policial (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002).

La primera, es el modelo predominante del derecho privado (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), cuya naturaleza, es la de solucionar conflictos mediante la utilización de la coacción estatal, garantizando de esa forma, los derechos subjetivos de los ciudadanos a

través de su ejecución forzada, con la cual, se repara la situación del titular del derecho, ya sea forzando a quien tiene la obligación de satisfacerlo o sustituyendo el órgano jurisdiccional su actuación o incluso, cuando no es posible la ejecución, indemnizando el daño por su incumplimiento, siendo que todas estas formas, implican una restricción de los derechos del obligado –ya sea en su propia persona o sobre sus bienes- a favor de la reparación del derecho de su titular.

En cuanto a la segunda, implica de igual forma una injerencia estatal en la persona o los bienes de una persona, empero con el fin de neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002). Estos son los casos, del secuestro de un automotor ilícitamente aparcado en la vía pública, que implica una coacción directa para facilitar el tránsito, así como el caso de toma de rehenes, donde se ejecuta coacción directa contra los autores para evitar que continúen lesionando los derechos de los rehenes (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002).

Por el contrario, el sistema punitivo, se fundamenta en la utilización de la “pena”, la cual, ontológicamente, como la definen Zaffaroni, Alagía y Slokar, implica: “(a)...una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002)”; esto es, que materialmente, constituye una limitación “grave” a los derechos de la persona que ha delinquido, que incluso, a diferencia de las otras formas de coacción, en las cuales muy excepcionalmente puede limitarse la libertad locomotora de la persona, la pena como elemento fundamental del sistema punitivo, se identifica por excelencia con la prisión, que es uno de los tipos de pena de mayor recurrencia.

En ese sentido, el sistema punitivo, se dirige más bien a conseguir mediante esta afectación, no un resultado resolutorio del conflicto, directo y específico, como la evitación de una conducta lesiva o la reparación de una afectación, sino un resultado no resolutorio del conflicto, indirecto y de pretendidos alcances generales pero inciertos, que bajo las distintas teorías positivas de la pena, se orientan, básicamente, a influir en la conciencia de los otros ciudadanos demostrándoles la seriedad de la amenaza penal para los que cometen delitos a través del padecimiento del condenado; a influir en la misma conciencia de éste, haciéndole interiorizar la consideración de las consecuencias de sus actos, así como demostrando a la ciudadanía la efectividad del sistema penal y de la protección que ofrece, o ya sea, confirmando la identidad normativa de la sociedad.

Es por ello que, al sistema punitivo, se le concibe como una de las formas de ejercicio de poder institucionalizadas más lesivas que requiere ser limitado, de ahí su carácter restrictivo y excepcional, lo cual se entiende, si se toman en cuenta sus siguientes particularidades:

- Su carácter no resolutorio del conflicto: dado que la pena, como restricción a los derechos fundamentales de la persona que incurre en una conducta delictiva, no recompone el conflicto generado por su acción ilícita ya ejercida o el daño causado a los bienes que lesiona como la vida, la salud, la propiedad, etc. Por tal razón es que, la aplicación punitiva, está prevista generalmente para los conflictos que nunca pueden, o que dadas sus condiciones extremas, ya no pueden ser solucionados por los otros sistemas de coacción estatal. Por ejemplo, el homicidio de una persona no puede ser reparado por la fuerza coactiva del Estado, por lo que, la aplicación punitiva no tiene aquí efecto reparador alguno, sino que se dirige a cumplir otros fines. Esto es

así, porque si el conflicto pudiera ser solucionado por otros sistemas de coacción estatal, no se justificaría el recurrir al sistema punitivo sino a estos sistemas.

- La especial gravedad de la pena: puesto que implica, por lo general, contundentes restricciones a los derechos de la persona que delinque, tanto cuantitativa como cualitativamente, esto es, por la forma de su ejecución –sometimiento de la persona a la reclusión en un establecimiento penitenciario, limitando al máximo sus vínculos sociales y expectativas de desarrollo en libertad, o también, a sus derechos de desarrollarse profesionalmente o con el desprendimiento de su patrimonio, lo cual, sin una finalidad reparadora, se sustenta sólo en el menoscabo que se causa al condenado-, como por el tiempo de la misma –dado que comúnmente, las limitaciones se extienden, en correlación proporcional, a extendidos periodos de restricción de derechos o de los montos dinerarios en caso de la limitación patrimonial, a diferencia de las otras formas de coacción, donde la restricción es solo por el tiempo necesario para lograr su finalidad inmediata.
- La dudosa efectividad de sus fines: en tanto que como lo ha hecho ver la doctrina, al sistema punitivo se le asignan una serie de funciones manifiestas positivas, esto es, que suponen un bien para alguien (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), tales como la idea de la “prevención de los comportamiento delictivos”, pero que en realidad, solo en forma ocasional y aislada se cumplen estas funciones (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), o en todo caso, no son pasibles de verificación empírica, tratándose en la mayoría de casos, de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, puesto que jamás podría afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número



significativo de ellos (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002). Ello a diferencia de los otros sistemas coactivos, donde las funciones directas que se buscan son visibles y claras, como, por ejemplo, la restitución de determinado bien.

No obstante, son precisamente estas condiciones las que le otorgan al sistema punitivo cierto ámbito de acción que implica su necesidad, pues en efecto, como lo sostienen Zaffaroni, Alagía y Slokar (2002), hay conflictos que no tienen una solución practicable o culturalmente aceptable, pero que aun así, requieren de una respuesta formal, aunque no recomponga el conflicto.

Esto así, en el entendido de que esta respuesta, aunque muchas veces solo formal, puede estimarse que en ciertos casos, si puede cumplir algunas o algunos aspectos de las funciones positivas manifiestas que se le asignan, o al menos, no puede descartarse ello, al punto que incluso, puede estimarse muy razonablemente, que sin sistema punitivo, el sistema social correría un grave riesgo de ser perjudicado, al eliminarse esta protección establecida a favor de los ciudadanos, aunque pueda dudarse fundadamente sobre su real acaecimiento.

Es por ello, que la posibilidad de poder lograr estas funciones manifiestas, fundamentan la utilización del sistema punitivo por parte del Estado como sistema subsidiario de protección a los derechos de los ciudadanos y al sistema social.

**b. Objeto de Protección del Sistema Punitivo.** Antes de analizar las funciones manifiestas que se le asignan a la pena como fundamento de la aplicación del sistema punitivo, en tanto sistema de protección social, es necesario ver cuál es el objeto de esta protección, que es precisamente, lo que legitima su aplicación.

Al respecto, si bien podemos entender que el sistema punitivo sirve a la protección de los derechos de los ciudadanos, no obstante, históricamente se declinó su identificación

con los derechos subjetivos como objeto de protección, ampliando su marco a distintas situaciones materiales o inmateriales positivamente valoradas, que se encuadran bajo el concepto de “bien jurídico”, introducido por Birnbaum y que se ha venido desarrollando hasta la fecha. Así, como lo ha considerado el Tribunal Constitucional, citando a Luzón, los bienes jurídicos vienen a ser: “...condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuando en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”. (TC, N° 0012-2006-PI/TC, 15 de diciembre de 2006).

La teoría dominante actual, considera que tales situaciones materiales o inmateriales, deben identificarse con las que reconoce el ordenamiento constitucional, siendo que como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (TC, N° 0019-2005-PI/TC, 21 de julio de 2005 y N° 0014 – 2006 – PI/TC, 19 de enero del 2007, considerando 11): “...el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental”.

El Tribunal ha explicado siguiendo a Carbonell Mateu, que por relevancia constitucional, no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Constitución, lo cual supondría una negación de las competencias propias

del legislador ordinario, sino que se reconoce, que la misma contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos, debiendo por el contrario, realizarse la interpretación de la norma fundamental no de forma estática sino dinámica, esto es, adecuándola a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo, siendo de esa manera que el derecho penal tutela los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan.

Por ende, no es equivocado sostener, que el objeto de protección del sistema punitivo es, a fin de cuentas, los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente, y los demás valores u objetos materiales o inmateriales también reconocidos que les son complementarios para garantizar su eficacia.

**C. Las Teorías de la Pena.** Ahora bien, dilucidado cuál es el objeto de protección del sistema punitivo, que se realiza a través de la pena, es necesario ver cómo es que se da esta protección, esto es, las posibilidades de esta protección; lo cual, tiene que ver con las funciones manifiestas que se le asignan a la pena como fundamento de la aplicación del sistema punitivo. Estas funciones manifiestas son desarrolladas por las teorías de la pena.

Pese a que como se ha referido, se reconoce que en efecto, las funciones positivas manifiestas que se le atribuyen a la pena son dudosas, por lo que incluso, cierto sector de la doctrina apuesta por el “abolucionismo” del sistema punitivo, la doctrina mayoritaria con la que concordamos, considera su necesidad en el entendido de que en alguna medida, ayuda a reducir a lo mínimo posible el grado de violencia –en sentido amplio- que se genera en una

sociedad (Citando a Silva, García, 2012), puesto que sin él, en el estado actual de nuestras sociedades, es estimable que el nivel de violencia sería mayor, por lo cual, tiene que reaccionarse necesariamente aplicando penas, considerando que en algunos casos, aunque no sea en todos, hay una expectativa positiva de que puedan cumplirse algunas o algunos aspectos de las funciones positivas manifiestas que se le asignan.

En dicho sentido, cabe precisar cuáles son las funciones más importantes que se le atribuyen a la pena, principalmente, las que son reconocidas institucionalmente, por lo cual, no se van a ver las teorías absolutas que ya han sido abandonados como plausibles y razonables, sino más bien, las teorías relativas, que se vinculan a necesidades de carácter social (García, 2012, p. 82), para lo cual, vamos a tener como parámetro la doctrina acogida por el Tribunal Constitucional, así como deben abordarse los cuestionamientos más relevantes reconocidos.

**a. Las Teorías de la Prevención.** Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos (García, 2012). De esta forma, se protegen los bienes jurídicos a través de la incidencia directa de la pena sobre el proceso interno de motivación del individuo (García, 2012). Distinguiendo que este efecto motivador puede darse de modo distinto en los ciudadanos en general que aún no han delinquido y los que ya lo han hecho y son objeto de la intervención penal, se distingue entre prevención general y especial (García, 2012); asimismo, dependiendo de la forma en que operan estas dos formas de prevención,

puede distinguirse entre aspectos negativos y positivos de ambas distinciones de prevención. Así, podemos distinguir entre 4 formas de prevención que se le asignan a la pena:

**b. Teoría de la Prevención General Negativa.** Esta teoría se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos (García, 2012), dado que como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, la pena tiene propiedad intimidadora (TC, N° 00033-2007-AI, 13 de febrero de 2009, fundamento 37), lo cual se liga a desincentivar la comisión de delitos por parte de los ciudadanos. Este proceso de motivación por medio de la intimidación, se puede dar en 2 momentos distintos del sistema penal: i) en la norma penal (García, 2012), a través de la conminación penal, esto es, cuando el legislador da una ley penal que comunica que determinada conducta es delito y se sanciona con una pena, concretamente, una amenaza de pena por cometer el supuesto de comportamiento sancionado como delito; lo cual, presupone un vínculo psicológico entre el mensaje de la disposición normativa penal y los ciudadanos, y; ii) en la ejecución penal (García, 2012, p. 88), cuando los ciudadanos interiorizan con la observación de la realidad, que en efecto, la amenaza de la pena del Estado se cumple con los sujetos que lo han hecho y que por ello son castigados, reafirmando la seriedad de la conminación penal.

Sin embargo, se reconoce, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que es discutible la tesis que tanto la conminación penal o el conocimiento de la seriedad de la amenaza, genere en todos los ciudadanos, un verdadero efecto intimidatorio inmediato, en tanto que en algunos supuestos, la ponderación realizada por el individuo proclive a cometer un delito para desmotivarse a su comisión, no va ligada a la gravedad de la pena, sino más

bien, al grado del riesgo que tuviera de ser descubierto durante o después de la comisión del delito (TC, N° 00014-2006-AI, 19 de enero del 2007, fundamento 9).

**c. Teoría de la Prevención General Positiva.** Con una forma distinta de operar, esta teoría sustenta la motivación a los ciudadanos de no lesionar bienes jurídicos, no a través de la amenaza penal, sino a través del fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos (citando a Jakobs, García, 2012), esto es, a través de la protección de valores ético – sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético (García, 2012). De esta teoría, pueden reconocerse 2 variantes interesantes y contrapuestas en orden al alcance de su comprobación (García, 2012): i) la desarrollada por Hassemer, quien partiendo de que el Derecho penal es un medio formalizado de control social, sustenta que la sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para la vida en sociedad, por lo que apunta a asegurar la fuerza de la norma en el futuro, esto, entendido en un sentido empírico (citando a Hassemer, García, 2012), y; ii) la desarrollada por Jakobs, quien sustenta la función preventivo general positiva de la pena se consigue con el aseguramiento de la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por el delito, lo cual no está determinado, en términos empíricamente medibles (citando a Jakobs, García, 2012).

No obstante, esta teoría es la que ha encontrado mejor reconocimiento por el Tribunal Constitucional, que sigue la posición de Roxin, en cuanto afirma que esta finalidad supone: 1) el efecto de aprendizaje motivado socio – pedagógicamente; 2) el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; 3) el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone, y; 4) el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como

consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado (TC, N° 019 – 2005 – PI/TC, 21 de julio de 2005, fundamento 32).

**d. Teoría de la Prevención Especial Negativa y Positiva.** La teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto, esto es, al ciudadano que ya ha delinquido y es objeto de la intervención punitiva, por lo que no es una teoría de la normal penal, sino propiamente de la ejecución de la pena, siendo que a lo que apunta, es precisamente a evitar que el autor cometa futuros delitos (García, 2012). Según la propuesta de Von Liszt, la pena debe procurar primeramente intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos, pero si es que no produce tal efecto intimidatorio, entonces la pena tendrá que asumir la labor de corregir al sujeto que no puede ser intimidado, y si el sujeto resulta también incorregible, no quedará otra solución que su inocuidación, esto es, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos (García, 2012).

El Tribunal Constitucional también ha reconocido esta teoría, entendiendo que su finalidad se centra los beneficios que la pena puede generar en el penado, o cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados, distinguiendo así que esta forma de prevención puede darse en 2 fases: i) en el momento de la aplicación de la pena, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación, y; ii) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad, cuya

referencia explícita se encuentra en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución (TC, N° 0019 – 2005 – PI/TC, 21 de julio de 2005, fundamento 31).

Sin embargo, esta teoría enfrenta también duras dificultades, estando a que las muestras empíricas de las reincidencias indican que en mucho de los sentenciados, esta pretendida prevención especial no ha funcionado, siendo que al igual que con lo que sucede con la prevención general negativa, las razones que determinar al condenado a volver a reincidir suelen también ser otras además de la intimidación con la pena, un después de haberla sufrido. Lo mismo ocurre con las expectativas de resocialización, estando a que es claro para todos, que la mayoría de centros penitenciarios no tienen las condiciones para generarla, sino todo lo contrario, las cárceles se han convertido en “escuelas del delito”, donde el ingresando no hace más que empeorar su disocialización, al mantenerse alejado de los vínculos sociales, perdiendo sus vínculos familiares, laborales, económicos, entre otros, siendo muchas veces víctima de la marginación que le impiden volver a resocializarse.

En la actualidad, el propio Tribunal Constitucional ha dejado de darle relevancia a la teoría de la prevención especial positiva, referente a los fines de resocialización, puesto que esto es más bien una garantía de la ejecución penal a favor de los condenados, pero no un fin que se busque cumplir directamente con la pena, cuyo carácter se orienta más bien a la protección social.

**e. La Teoría de la Unión.** Esta clasificación corresponde a distintas teorías de corte ecléctico, que combinan distintas perspectivas de las teorías de la pena, dentro de la cuales se destaca, la llamada teoría de la unión o unificadora, cuya idea central, es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene utilizarlas en una formulación conjunta (García, 2012). Así tenemos, a la teoría de Roxín, que precisa la



función que cumple la pena en cada momento de su existencia, señalando en tal entendido, que en el momento de la norma penal, la pena cumple una función de prevención general, en la imposición judicial de la pena los fines preventivos estarían limitados por la culpabilidad del autor, y finalmente, los fines de resocialización adquirirían preponderancia en el momento de la ejecución penal (citando a Roxin, García, 2012).

El Tribunal Constitucional le ha dado también reconocimiento a esta teoría de la pena, descartando por su puesto, la plausibilidad de la teoría de la retribución absoluta, decantándose más bien por las otras teorías de prevención general y especial, positiva y negativa, al parecer, dentro de una funcionalidad ecléctica, pues ha reconocido los mejores medios de represión del delito con los que cuenta el Estado.

**f. La Función de Reestabilización de la Pena.** Desde otro enfoque se considera también la idea de que lo que se busca con el ejercicio del poder punitivo no es en sí la intimidación ni la prevención de la reiteración de la vulneración al bien jurídico por parte del delincuente, sino más bien, como lo indica Jakobs (1998), evitar la erosión de la configuración normativa real de la sociedad, en el entendido, de que lo que le importa al derecho penal, es el mantenimiento del esquema de interpretación válido del respeto de las expectativas sociales, esto es que, no sería lo primordial el mantenimiento o no de bienes jurídicos –ya que en su opinión, la sociedad puede subsistir aunque estos sean lesionados-, sino que las expectativas sociales mantengan su vigencia en la medida que son éstas las que permiten la existencia de la sociedad.

Es importante recalcar que en esta versión, se abandona el concepto de protección del individuo en su relación con los bienes jurídicos para poner la mirada únicamente en la sociedad, en el entendido de que mientras su: "...configuración tenga lugar, carece de toda

relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos” (Jakobs, 1998). Por tal motivo, incluso aceptando que puede desearse buscar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la realidad normativa de la sociedad por medio de la pena, dentro de los que entraría también la función preventivo especial positiva –que por cierto, Jakobs también cuestiona en atención a la evidencia estadística de las reincidencias y su relación con la infructuosidad en gran medida del tratamiento penitenciario-, considera que ello no formaría parte del concepto de la pena (Jakobs, 1998).

Sin embargo, aun con estas disparidades en el enfoque, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que el punto de partida para el ejercicio del poder punitivo sólo puede ser el propósito de proteger bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, entendiendo a estos como valores o intereses constitucionalmente relevantes, que configuran materialmente, como lo considera la doctrina, relaciones sociales concretas objeto de protección (Hormazábal, 2003), esto es, a favor de la persona y su dignidad como lo establece el artículo 1 de la Constitución, pero también, que aún pese a sus limitaciones prácticas, no se puede permitir que la función del Derecho penal sea meramente simbólica, sino que debe responder severa y eficazmente frente a la afectación de dichos bienes constitucionales, aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (TC, N° 0014-2006-PI/TC, 19 de enero de 2007, considerando 5).

Es por ello que aún ante las deficiencias prácticas, se mantiene como valor constitucional el cumplimiento de los fines de la pena, poniendo mayor relevancia en su fin

preventivo especial positivo –al que por cierto Jakobs, asimila dentro de su planteamiento como factible-, así como lo consideró el Tribunal Constitucional, citando a Roxin para resumir dicha función como: “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado” (TC, N° 0014-2006-PI/TC, 19 de enero de 2007, considerando 9), justificando con dicha posición por ejemplo, que: “...la necesidad de imponer y ejecutar una pena privativa de la libertad de un condenado aunque este no requiera ser resocializado” (Montoya, citado por TC, N° 0033-2007-PI/TC, 13 de febrero de 2009, considerando 37). Todo ello así, aunque llegado a este punto, sea difícil de hablar de una verdadera prevención general y especial vista las limitaciones del sistema penal.

En contraste a ello, dentro de las posturas en contra y que no presuponen la necesidad social de la intervención penal para su análisis, se tiene a las posturas abolicionistas, que desde el análisis ontológico de la función que realmente cumple la pena, en el mismo entendido de “en alguna medida”, sustentan que tanto como a veces, en efecto sirve para algo, otras veces, no sirve para nada y lo que es por, como en palabras de Bailone: “...en el mejor de los casos deja el conflicto como está, y en el peor termina agravando la situación...” (Bailone, 2005). Es importante recalcar, que las posturas abolicionistas no abogan por una sociedad sin control sobre las conductas delictivas, sino más bien, por una redefinición de las mismas y de sus soluciones desligadas del prejuicio histórico de la teoría punitiva. Así apunta

Zaffaroni que las situaciones que hoy llamamos delitos podrían ser redefinidas: “en forma de situaciones problemáticas [que] puede permitir soluciones efectivas en cara a cara entre las partes involucradas, conforme a modelos diferentes del punitivo”, esto es, que la solución de distintas conductas hoy denominadas delictivas por la ley, pueden ser resueltas, de modo más efectivo, por otras formas de intervención estatal con un enfoque distinto.

Con dicha base, estando a que la discusión dogmática sobre la intervención punitiva ha asentado serias hipótesis de vigente validez al sincerar sus límites ontológicos y funcionales, así como evidenciado la casuística, las indistintas situaciones en donde se avizoran los fracasos de la misma y de sus anheladas funciones, se tiene por necesidad práctica *–no teórica–*, que asumir que de alguna manera y en algunos casos, aunque no podamos comprobar su grado real de efectividad y abarcabilidad, el Derecho Penal sostiene desconocidos pilares que aseguran cierta base del orden social actual o que al menos, evitan un prominente caos ante su desaparición, lo que hace, a mi entender, necesario seguir para poder actuar dentro del Derecho penal en su estructura actual *–esto es, sin cuestionar su necesidad–* y de acuerdo a nuestro Estado de Derecho, la posición agnóstica de la pena propuesta por Zaffaroni, en el entendido de que, no es posible legitimar la concepción de poder punitivo ligado a fines infranqueables de la pena, sino más bien, es necesario aceptar el mismo como un hecho de poder que en algunos casos es probable que pudiera estar legitimada su aplicación, por lo que, lo que habría de legitimarse, sería sí, la función de contención del mismo para dejar pasar aquel poder punitivo que pueda presentar el mayor grado de razonabilidad y proporcionalidad.

## **2.2. Abordaje Teórico**

Estando a que las variables de la presente investigación son: (1) la aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y; (2) la prestación de alimentos a los alimentistas; se van a tratar en esta parte, los temas teóricos más relevantes sobre los mismos, fundamentalmente, de dogmática y teoría jurídica.

En ese sentido, se va a comenzar realizando el abordaje teórico por la segunda variable: prestación de alimentos a los alimentistas, pero precisamente, dado que se refiere a una conducta a la que subyace un derecho: el derecho a percibir alimentos, el abordaje teórico se va a centrar en éste, que es el sustento de la variable, y se trata en primer lugar, en tanto que temáticamente, es el eje a partir del cual pueden irse desarrollando de forma secuencial los otros temas, como la aplicación de la pena privativa libertad al deudor alimentario, que se hace precisamente como forma de tutela del derecho a percibir alimentos.

### **2.2.1. *El derecho a Percibir Alimentos***

**A. Antecedentes Históricos.** La situación de debilidad de una persona que no puede por sí misma procurar su propia subsistencia ha sido una constante preocupación del derecho (Díaz y Figueroa, 2013). Esta necesidad de atender el sustento a los imposibilitados de trabajar, en razón de su minoría de edad, su decrepitud, o de alguna discapacidad física o mental severa, entre muchas otras, ha llevado históricamente a la creación de distintas herramientas y mecanismos jurídicos, dentro de los cuales, encontramos la institución jurídica de los alimentos, que se ha ido configurando concretamente, como el derecho que tienen ciertas personas de pedir los elementos necesarios para subsistir y la obligación que

tienen otras de prestarlos, especialmente en el ámbito familiar, lo cual ha pasado con los mismos fundamentos del derecho antiguo al derecho moderno. (Díaz y Figueroa, 2013).

Así, encontramos dentro de los principales referentes históricos, que en el derecho griego, especialmente en Atenas, tenía obligación alimentaria el padre hacia los hijos y los descendientes respecto a los ascendientes, salvo en este último caso, cuando el hijo no había recibido una educación conveniente o cuando el padre promovía su prostitución en el supuesto de nacimiento de concubina. (Díaz y Figueroa, 2013).

Por su lado, en el derecho romano, el deber de alimentar a los hijos y nietos sólo se encuentra en la época imperial, fuera del sistema jurídico tradicional y dentro de la extraordinaria *cognitio* de los cónsules. En un principio, solo existían entre los individuos de la casa sometidos a la patria potestad, pero a fines del siglo II d. c., se concedió el derecho a los descendientes emancipados y recíprocamente a los ascendientes de éstos. (Díaz y Figueroa, 2013).

En el derecho germánico, la deuda alimentaria resulta de la constitución de la familia, más que de una obligación legal, pero además casos en los que nace de una donación universal. (Díaz y Figueroa, 2013).

Finalmente, en el derecho feudal encontramos, que existió el deber alimentario entre el señor y el vasallo, mientras que el canónico introduce varias especies de obligaciones alimentarias extra familiares, con un criterio extensivo que perduró en el derecho moderno. (Díaz y Figueroa, 2013).

**B. Concepto y Alcances.** Se entiende por “derecho a percibir alimentos” a aquel derecho que tienen ciertas personas para exigir de otras que se les preste lo necesario para subsistir, incluyendo, por tanto, no sólo los alimentos en su acepción general, sino también

otras cosas tan indispensables para la subsistencia como la vivienda, el vestuario, la educación, etc. (Ojeda, 2009).

Para Rojina Villegas, se trata de una facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otro lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos. (Rojina, 1962).

Se considera que este derecho se compone básicamente de 2 elementos: el primero es el acreedor, es decir, la persona que legalmente compruebe la necesidad real y evidente de recibir alimentos; y el segundo es el deudor, el cual tiene la obligación de cubrirlos según sus posibilidades económicas, para lo cual proporcionará una cantidad en dinero o en especie (Citando a Rojina, Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006). A ello agregamos, que debería incluirse como elemento esencial a la prestación alimentaria o más precisamente a “los alimentos”, que es el objeto material de este derecho.

El derecho de percibir alimentos inicia con la necesidad de un acreedor alimentario a percibirlos y la obligación de un deudor alimentario de proporcionarlos con su capacidad económica, ello en virtud del parentesco por consanguinidad, por la celebración del matrimonio o cuando existe concubinato, por adopción, entre otros casos excepcionales, subsistiendo ese derecho en tanto exista y se demuestre la necesidad del acreedor alimentario y la capacidad del deudor de suministrarlos (CSJNM y IJ UNAM, 2006).

En nuestra legislación, tal derecho y facultad, se encuentra reconocida tanto legal como constitucionalmente, esto último, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 6 de nuestra Constitución Política, referente al deber constitucional que tienen los padres de alimentar, educar y brindar protección a sus hijos, mientras que en el Código Civil, se regula

a los alimentos como una institución de amparo familiar, estableciéndose en su artículo 474, como una obligación recíproca entre los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos, bajo un orden de prelación establecido en su artículo 475, en concordancia con el artículo 93 del Código de los Niños y los Adolescentes, entre otras reglas que lo regulan.

**C. Fundamento del Derecho a Percibir Alimentos.** El fundamento de este derecho, se sustenta en el estado de necesidad de las personas que viéndose imposibilitadas de asistirse por sí mismas en cuando a sus necesidades básicas, requieren el auxilio de terceros. Es por ello que básicamente, tienen este derecho los niños, niñas y adolescentes, quienes por su corta edad, no tienen las posibilidades de desarrollar actividades para cubrir sus necesidades básicas sin atentar contra su normal desarrollo –por ejemplo, cuando se dan casos de trabajo infantil-, lo cual se extiende, al derecho que tiene el concebido en las etapas del embarazo y de su propia madre dentro de este periodo, incluso hasta el post parto y los gastos ocasionados por ello –artículo 414 del Código Civil-, puesto que se mantiene el estado de vulnerabilidad e imposibilidad de sustentar sus propias necesidades, así como también en cuanto a los jóvenes mayores de edad –de conformidad con el artículo 473 del Código Civil-, quienes por causas de incapacidad física o mental, no se encuentran en aptitud de atender su subsistencia o que –de conformidad con el artículo 483 del Código Civil- por encontrarse siguiendo una profesión u oficio exitosamente, no pueden hacerlo a plenitud sin desatender estas circunstancias.

Asimismo, nuestra legislación prevé también otras circunstancias de prestación de una pensión alimentaria por estado de necesidad: aquí encontramos la pensión alimenticia del cónyuge u otros herederos forzosos del ausente que no reciben rentas suficientes para atender sus necesidades alimentarias –artículo 58 del Código Civil-; la pensión alimenticia



del cónyuge –artículo 345 – A del Código Civil-, del ex – cónyuge –artículo 350 del Código Civil- y del ex – conviviente –artículo 326 del Código Civil- imposibilitados de subvenir sus necesidades tras la separación de hecho, el divorcio o la conclusión de la unión de hecho, respectivamente; la pensión alimenticia del hijo extra matrimonial respecto al que ha tenido relaciones con la madre durante la época de la concepción –artículo 415 del Código Civil; y los alimentos de la madre del concebido heredero mientras dura la partición de la herencia – artículo 856 del Código Civil-. En todos estos casos, a diferencia de la figura del legado de alimentos fijado por el causante –artículo 766 del Código Civil-, se trata de situaciones de necesidad que la disposición normativa busca compensar con el otorgamiento de una pensión de alimentos.

Por supuesto, nuestra legislación ampara también que puedan requerir el derecho a percibir alimentos cualquier otra persona mayor de edad, que aunque normalmente pudieran ser capaces de solventar sus necesidades básicas, se encuentren pasando por un estado de necesidad que lo justifique –la regla general que establece el artículo 481 del Código Civil para fijar alimentos, establece que uno de los criterios para su fijación, es que sean regulados en proporción a las necesidades de quien los pide-, claro que para ello, se requiere que estas personas tengan calidades familiares típicas como acreedores dentro de las obligaciones alimentarias que fija la ley, que como lo especifica el artículo 474 del Código Civil, son la calidad de cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, respecto de los cuales existe un deber recíproco de pasar alimentos.

Es por ello, que autores como Rossel Saavedra, definen a los alimentos como las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia; en esa misma línea, Ramos Pazos,

cuando sostiene que el derecho a percibir alimentos, es aquel que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionarle lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio; de igual forma, tenemos la definición del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, que entiende a la pensión alimenticia como la prestación de tracto sucesivo destinada a la asistencia económica de una persona, esto es, sustento, vestuario, medicamentos y educación, cuya exigencia surge de la ley, contrato y testamento (Orrego, 2009).

En el ámbito peruano, tenemos que Cortez y Quiroz (2014), consideran que el instituto jurídico de los alimentos constituye el más fundamental de los instrumentos e instituciones familiares, a través del cual se va a socorrer a una persona en estado de necesidad; de forma similar Aguilar Llanos, quien considera que la obligación alimentaria constituye un deber jurídicamente impuesto a una persona de atender la subsistencia de otra (Cortez y Quiroz, 2014), a lo cual agregan Cortez y Quiroz (2014), como un derecho vital y de urgencia.

Como lo considera la doctrina, el “estado de necesidad” presupone la imposibilidad de quien reclama alimentos, de procurárselos por sí mismos desarrollando una actividad laboral, siendo por ello que, el derecho a percibir alimentos no es un seguro a la desidia o flojera, sino una herramienta que de manera excepcional, puede emplearse cuando razonablemente, quien demande la ayuda de otro no puede por sí mismo subsistir. Es por ello que, solo excepcionalmente, cuando existe un impedimento objetivo, el ordenamiento jurídico le prestará el auxilio necesario para que recurra a otras personas, que están obligadas

a proporcionarle alimentos (Orrego, 2009). Ello es así, por que como lo reconocen las Naciones Unidas, se espera que las personas satisfagan sus propias necesidades con su propio esfuerzo y utilizando sus propios recursos, siendo que en ese sentido, una persona debe vivir en condiciones que le permitan o producir alimentos o comprarlos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2010).

Ahora, cabe precisar con Meza Barros, que el estado de necesidad no implica que el alimentista sea por completo indigente (Orrego, 2009), pues muy bien puede contar con ingresos propios o cierto apoyo alimentario de terceros (como por ejemplo, en el caso de un menor, puede contar con el apoyo de uno de los padres, de los abuelos, etc.; o en el caso de un ascendiente anciano, respecto a su pensión de jubilación, etc.). Sin embargo, por lo general, tales medios son insuficientes para asegurarle al alimentista una completa satisfacción de sus necesidades que garantiza el derecho a los alimentos, por lo que en estos casos, los alimentos pueden otorgarse en la medida de lo necesario para completar lo que haga falta.

Es de recalcar también, que el estado de necesidad en que se fundamenta el derecho a percibir alimentos no es sólo un criterio que fija la ley para su concesión, sino que se trata también, de una situación material atentatoria contra los derechos humanos que le da al derecho a percibir alimentos un sustento supra legal, como un derecho universal de todas las personas. Así, se tiene que con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagrada en 1948, se comprendió al derecho a la alimentación como un derecho humano básico, estableciéndose en su artículo 25 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios,

tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedades, invalidez, viudedad y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Lo mismo se reconoce en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a que establece para los Estados Partes, el reconocimiento del: “...derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...”, asimismo, se establece el reconocimiento del: “...derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre...”, para lo cual, se ha establecido que los Estados Partes deben adoptar, dentro de sus medidas, programas concretos que impliquen, entre otros: “Mejorar los métodos de...distribución de alimentos”, formando así el derecho a los alimentos, parte de los derechos humanos de segunda generación (educación, vivienda, salud y trabajo), que se refieren también a la utilización de los recursos de los Estados en proveer una serie de garantías a los ciudadanos (Elina y Paiva, 2010).

Las necesidades que fundamentan el derecho alimentario, se vincula directamente al concepto que se tiene de los alimentos, lo cual se desarrolla a continuación.

**D. El concepto Jurídico de “Alimentos”.** La palabra “alimentos” proviene del latín *alimentum*, que se asocia a la figura de comida, sustento, refiriéndose también a la asistencia que se da para el sustento (CSJNM y IJ UNAM, 2006), lo cual tiene correlación con su acepción lingüística actual, que identifica a la palabra “alimentos” con el conjunto de

sustancias que los seres vivos comen o beben para subsistir (Diccionario Online de la Real Academia de la Lengua Española, 12 de enero del 2017).

Sin embargo, el vocablo “alimentos” tiene jurídicamente una acepción técnica más extensa que la que le asigna el lenguaje común (Siguiendo a López, Fripp, 2009); por ejemplo, como lo establece el Código Civil peruano en su artículo 472, así como el Código de los Niños y los Adolescentes en su artículo 92, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, la habitación, el vestido, la educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, psicológica y recreación, incluso los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

Ello puede explicarse en la evolución que ha tenido la construcción jurídica de la institución de los alimentos en la historia del Derecho, distinguiéndose como un concepto autónomo, que no obstante, como se reconoce, básicamente, la definición jurídica de “alimentos” está ligada a su extensión, siendo en ese sentido que ha ido variando a lo largo de la historia, lo cual ha implicado también la variación de su concepto (Fripp, 2009). Por ejemplo, partiendo de su regulación en la antigua Roma, se tiene que sólo cubrían la mera subsistencia (Siguiendo a Belluscio, Fripp, 2009), empero en la actualidad, su extensión suele comprender tanto en el derecho nacional y con mayor amplitud en el comparado, tanto a la alimentación, la habitación, la vestimenta, la atención de la salud, la educación, la capacitación para el trabajo o para proporcionar un arte u oficio, inclusive alcanzada la mayoría de edad, la diversión y el transporte, además, se incluyen los gastos que demanda el parto y el embarazo, incluido el post parto y hasta en algunas legislaciones, se llega a considerar a los gastos funerarios (Siguiendo a Belluscio, Fripp, 2009) (esta última extensión de los alimentos, por ejemplo, en el artículo 1.894 del Código Civil Español).

Sin embargo, no todas las opiniones doctrinarias ubican el concepto jurídico de alimentos por la extensión de los elementos que comprende, lo cual tiene, evidentemente, un derrotero formal a partir de lo que establece la legislación de cada país, sino que también, encontramos comprensiones de pretensiones más universales, que fundamentan el concepto de alimentos en la necesidad de asegurar el desarrollo integral de su titular; así Bossert señala, que la cuota alimentaria no debe constreñirse únicamente a las necesidades elementales de índole material, sino que debe alcanzar también las necesidades imprescindibles, de orden moral y cultural, de acuerdo con la posición económica y cultural del alimentado, es decir, incluyendo aquello que resulta indispensable para una vida de relación razonable (Siguiendo a Bossert, Fripp, 2009).

En esa línea, se considera que la connotación amplia de alimentos abarca tanto lo fisiológico, psicológico y moral o espiritual (Cortez y Quiroz, 2014), lo cual entendemos, en el sentido final que llevan los alimentos, de ser el medio para asegurar la posibilidad del cumplimiento de otros derechos de trascendental importancia, que tienen que ver con el desarrollo integral de la persona dentro de su sociedad.

Así tenemos que Gonzales Fuentes señala, adoptando como base de reflexión la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que el derecho alimentario es una expresión de varios derechos de primer orden: la vida, la dignidad, la protección de la familia, el descanso y disfrute del tiempo libre, el aseguramiento de la salud, el bienestar y en especial la alimentación dentro de un nivel de vida adecuado, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, la protección especial de la maternidad y la infancia así como el derecho a la educación para el pleno desarrollo de la personalidad humana, el poder tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad, gozar de las

artes y participar del progreso científico y de los beneficios que de él resulten; todo lo cual, es posible alcanzar directa o indirectamente a través de la satisfacción de las necesidades básicas (González, s. f.).

En efecto, como se refirió, el concepto de alimentos varía dependiendo de la extensión que le dan distintas legislaciones, pero básicamente, puede encontrarse en la doctrina una línea muy marcada que orienta su derrotero en lo que resulta necesario para que el alimentista pueda alcanzar un estatus de vida adecuado, como lo sostiene Saura (2012), amparándose en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo que conformaría el más amplio “derecho a un nivel de vida adecuado”. En ese mismo sentido, lo tiene reconocido el propio Consejo Económico y Social de la ONU al afirmar que: “el derecho a la alimentación forma parte del derecho más amplio a un nivel de vida adecuado”, así como que: “el derecho a un nivel de vida adecuado –o a la subsistencia– sintetiza la preocupación central de todos los derechos económicos y sociales, que es integral a todas las personas en una sociedad más humana” (López, 2009). Por ello sostiene López (2009), que la alimentación como derecho universal aparece como una condición indispensable para lograr el nivel de vida adecuado de todas las personas; es por ello que, su contenido guarda estrecha relación con los contenidos de este derecho a una vida adecuada.

Por supuestos, no toda la extensión del aseguramiento de estos derechos mencionados tienen que ver con lo que se refiere al otorgamiento de una pensión de alimentos, sino más precisamente, respecto a la obligación de los Estados a satisfacer este derecho social, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en los derechos a la seguridad alimentaria, a los programas contra la desnutrición y el hambre, el acceso al agua potable y a los recursos, a los servicios de salud y de fomento del desarrollo, entre otros; sin embargo, el deber constitucional que establece

el Estado a cierta personas, constituye también una medida estatal de asegurar este derecho social, lo cual implica, que estos obligados alimentarios son garantes de asegurar los derechos del alimentista de la forma más próxima a lo que signifique su desarrollo integral, bajo los mismos estándares de igualdad que establecen las normas de derecho internacional, empero claro, dentro de las posibilidades del obligado y en cuanto a lo que se corresponda únicamente como prestaciones de tipo familiar.

Así, es correcto que conforme a nuestra legislación, el concepto de alimentos cubre las necesidades de las personas de forma integral, no solo en cuanto a lo fisiológico: con la alimentación, que debe ser adecuada y especial dependiendo de las concretas necesidades del alimentista, con especial importancia, cuando se trata de una gestante; el sustento, que implica el aseguramiento de su integridad corporal, que se liga a la necesidad de contar con una asistencia médica adecuada, al igual que la habitación y otros conceptos relacionados con las funciones normales que debe cumplir el organismo; sino también en cuanto a lo social: donde tiene que ver la necesidad de vestido, la educación, instrucción y capacitación para el trabajo, estos últimos, que también conforman parte de lo necesario para asegurar una previsión de lo fisiológico a futuro, pero que en esta parte especialmente, conforman el espectro de lo que implica un desarrollo social de la persona y de su identidad y funcionamiento dentro del colectivo; y lo psicológico, moral o espiritual: donde tienen que ver más las necesidades del desarrollo de la personalidad de la persona y su salud mental, para lo cual es importante el cumplimiento de sus etapas, como a vivir una niñez o adolescencia en forma plena, con recreación, esparcimiento, cultura, convicciones, etc.



**E. Fundamento de la Obligación Alimentaria.** Ahora bien, como correlativo al derecho a percibir alimentos, que implica una exigencia, se tiene la obligación de acudir con ellos, lo cual se constituye en lo que la doctrina denomina la “obligación alimentaria”.

Comúnmente, se suele reconocer que el derecho a prestar alimentos tiene un carácter legal, precisamente, por provenir correlativamente de una obligación que establece la ley para determinadas personas de satisfacer las necesidades de otras que se encuentran en imposibilidad de satisfacerse por sí mismos (Ojeda, 2009, p. 35). Su inclusión en los ordenamientos jurídicos, obedece a la tradición histórica que tiene este derecho bajo la figura jurídica de “los alimentos” como una verdadera institución jurídica de amparo familiar (Álvarez, 1985, p. 63), que desde el derecho romano hasta la actualidad, ha venido cumpliendo la función de proteger a los miembros más débiles de familia del desamparo y la necesidad, haciendo caer sobre otros la obligación de socorrerlos, en base a consideraciones de deber moral o de conciencia que deben tener los miembros de una familia (Ojeda, 2009).

Esto se explica, como lo considera Álvarez en referencia a la regulación de las instituciones del derecho de familia, en las concepciones de derecho natural a las cuales el legislador no se ha podido sustraer, precisamente así, en cuanto a la obligación alimentaria, por un lado, como derivado de la propia naturaleza del hombre quien tiene derecho absoluto al aseguramiento de su existencia y desarrollo cuando no puede valerse por sí mismo, y por otro, considerándose que el que da la vida a otro, por ese sólo hecho, contrae la obligación de conservársela, lo cual se extiende como deber, por la propia naturaleza de las cosas, a todo el seno familiar, en orden prelativo, entre otras corrientes doctrinarias que se han fundamentado en la piedad (Álvarez, 1985), la solidaridad de los miembros de la familia (Díez – Picazo y Gullón, citados por Florit, 2014) y hasta el interés público (Álvarez, 1985).

Al parecer, ese sigue siendo el fundamento actual de su regulación en distintos países como el Perú, siendo que como lo establece el segundo párrafo del artículo 6 de nuestra Constitución Política, es un “deber constitucional” de los padres el alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, lo cual si bien no se encuentra regulado expresamente para el caso de otros parientes, se entiende de la misma forma bajo la idea de la solidaridad familiar.

Sin embargo, no puede dejarse de observar que en la actualidad, se viene considerando en el contexto internacional la necesidad de replantear esta idea, ubicando la obligación alimentaria ya no en los miembros de la familia sino en el Estado, principalmente, debido a los numerosos problemas que esta institución viene generando (Mondejar, 2016); lo cual aviva el tradicional debate sobre el fundamento del derecho a percibir alimentos, por un lado, en los deberes de los parientes que tienen el deber moral de amparar a las personas a quienes les unen vínculos de sangre en situación de necesidad, y por el otro, en el deber del Estado de velar por los ciudadanos desamparados, cuando se trata de lo que se ha venido llamando Estado social (Florit, 2014).

Empero, hemos de coincidir parcialmente con Martínez Rodríguez, en cuanto rechaza que las obligaciones públicas puedan desplazar o sustituir a las familiares, en el entendido de que actualmente, la solidaridad familiar sigue conservando un papel fundamental en la superación del estado de necesidad de los alimentistas, lo cual se debe principalmente a la insuficiencia de la protección pública para superar este estado de necesidad, dadas las razones como la falta de recursos públicos (Florit, 2014), a lo cual podría agregar, la ineficiencia administrativa, corrupción, entre otros factores que suele ser comunes en los países en vías de desarrollo como el Perú, y que, al menos hasta ahora, no han permitido que el derecho a

los alimentos de las personas pueda ser cubierto con una exclusividad o preferencia por los Estados.

Sin embargo, es de tener en claro que estos defectos son de orden material, pues no puede negarse que el derecho a los alimentos, como derecho humano fundamental, implica un deber primordial para los Estados, siendo precisamente la regulación legal de los alimentos un medio por el cual tutela el derecho de los alimentistas; por ello es que por ejemplo, cuando se procesa penalmente a una persona por incumplimiento alimentario, no se hace en virtud del aseguramiento de un deber familiar, sino de la necesidad de asegurar los derechos subyacentes al mismo de parte del alimentista.

En ese sentido, si bien es cierto que es el principio de solidaridad familiar en el que se basa la mayoría de la doctrina para fundamentar el derecho alimentario entre parientes, lo cual explica, como lo considera Martínez Rodríguez, que el legislador, desde siempre, en todos los ordenamientos y con independencia de las prestaciones públicas, ha sancionado los alimentos no como un deber de todos frente a todos, sino como una obligación recíproca entre personas que pertenecen a un mismo grupo familiar (Florit, 2014), no puede negarse como se explicará más adelante, que ello no enerva la obligación que tiene el Estado para asegurar su cumplimiento, considerándose actualmente, que el derecho a percibir alimentos, sobre todo como derecho de los niños, niñas y adolescentes, tiene carácter fundamental y humano, por estar vinculado al derecho a la vida y la dignidad de la persona, consagrado en una pluralidad de instrumentos internacionales (Molina de Juan, 2015).

Conforme a ello, puede encontrarse el fundamento de la obligación alimentaria no sólo en la relación familiar, sino principalmente, en los derechos de los alimentistas que subyacen a la misma, tales como la vida, la dignidad, la integridad física, la salud, entre otros,

lo cual es buscado asegurar, con la regulación legal de los alimentos, prácticamente, derivando de primera mano la responsabilidad por los mismos a los miembros de la familia, lo cual no obsta que en deficiencia de ellos, sea el Estado quien tenga que asegurar su satisfacción, lo cual busca hacerse por ejemplo, al judicializar las omisiones alimentarias, y que en última instancia, debería hacerse cargo directamente con programas sociales.

## **F. Tutela Jurisdiccional del Derecho a Percibir Alimentos**

**a. La Coacción como Elemento Esencial de la Tutela de los Derechos.** Un derecho no puede concebirse desligado del sistema judicial establecido para garantizar su eficacia. Esto se traduce en la garantía de la jurisdicción, que implica que el Estado, como ente creado por la voluntad popular para resguardar el orden social y los derechos de los ciudadanos, debe ofrecer mecanismos para lograr su efectiva realización, y para lo cual, tiene el monopolio de la violencia física, que emplea a través de la coacción. Estos mecanismos son los distintos procesos que dentro de un sistema jurídico se pone a disposición de los ciudadanos (por ejemplo, el proceso civil, el proceso laboral, el proceso contencioso administrativo, etc.), y otros, que se ejecutan por el propio Estado (como el proceso penal), para efectos de brindar tutela a sus derechos y al orden jurídico que los sustentan.

Para tal efecto, el elemento esencial de la jurisdicción que permite, en última instancia, asegurar la efectividad de los derechos, es la coacción, que se concibe, como la ejecución de una sanción jurídica, a través de la fuerza pública (Vallado, 1972); esto es, a través sus agencias estatales autorizadas para aplicar fuerza contra los infractores de las normas u obligados según ellas, sea para compelerles a realizar la conducta omitida, sustituyendo la prestación a costa de la restricción forzosa del derecho del obligado, o

manifestándose como castigo para resguardar la obediencia normativa, lo cual es una manifestación del poder de policía.

**b. Tutela Reparadora y Tutela Protectora.** Históricamente, la coacción ha revestido 2 formas capitales: 1) la ejecución forzada, que es aplicada generalmente sobre el patrimonio de la persona sancionada, no obstante que también es posible su aplicación sobre el individuo, cuando por ella se le obliga materialmente a realizar determinado acto, o se da como una pena sobre el patrimonio, como en el caso de la multa o de la confiscación, y; 2) la pena o castigo, que se aplica sobre la individualidad psicobiológica de una persona, con una finalidad aflictiva (Vallado, 1972). La primera, es propia del derecho privado, como el derecho procesal civil, que tutela, en última instancia a través de la coacción, los distintos derechos civiles reconocidos en la legislación positiva, como el derecho a la propiedad, a la herencia, y por supuesto el derecho a percibir alimentos, según las normas que los regulan. Por ejemplo, si el derecho a la propiedad de un ciudadano es violado, frente a la conducta antijurídica de un sujeto que ingresa y se mantiene de forma ilegítima en su inmueble, puede acceder a la tutela de su derecho a través del proceso civil, que, en caso de resistencia del transgresor, puede disponerse su desalojo forzado para devolver la posesión del inmueble a su titular. La segunda, en cambio, es propia del derecho penal, donde la coacción no se aplica, con una finalidad primaria de querer tutelar el derecho de forma directa, logrando su satisfacción, sino para ofrecer una protección indirecta a través de los efectos que causa tanto en el sujeto infractor como en agentes externos una privación grave de sus derechos. Cuando se sanciona a una persona por infringir la norma penal, no se hace para restablecer el derecho

vulnerado, sino para que con los efectos de la sanción, se afiance el sistema normativo que de modo general, busca desincentivar la comisión de nuevas conductas lesivas.

Conforme a estas formas básicas en las que se manifiesta la coacción, pueden distinguirse 2 formas distintas de tutela de los derechos según la finalidad que se persigue con la aplicación de la fuerza estatal: 1) la tutela reparadora o restitutiva, cuando lo que se pretende con la coacción es restituir, de algún modo, el derecho que ha sido vulnerado, sea aplicando la fuerza directamente contra el infractor de la norma para restituir el derecho (por ejemplo: desalojando al ocupante precario, restituyendo la posesión del inmueble a su titular, o desapoderando a un bien de su tener ilegítimo para entregárselo a su propietario, entre otros), compeliendo al infractor a cumplir la conducta omitida que lesiva del derecho (por ejemplo: compeliendo a través de una sanción pecuniaria, a quien incumplió su obligación contractual a cumplirla, o a un empleador que despidió inconstitucionalmente a un trabajador a reponerlo en su puesto de trabajo, entre otros), o sustituyendo o compensando la prestación a costa de la restricción forzosa del derecho del obligado (por ejemplo: estableciendo la obligación de pagar una pensión alimenticia a quien incumple su obligación de satisfacer las distintas necesidades de su hijo, entre otros), y; 2) tutela protectora, cuando lo que se pretende con la coacción no es restituir el derecho, sino ofrecer un estándar de protección general para los derechos, a través de los efectos que causa su aplicación en el sistema social.

Ambas formas de tutela, son dadas por el Estado a través de 2 vías específicas según las características de cada una, siendo estas: 1) para el caso de la tutela reparadora, el ejercicio de la acción, derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consiste en la capacidad que tienen los ciudadanos de acudir al Poder Judicial del Estado para solicitar

pretensiones en defensa de sus intereses, conforme al derecho aplicable; el Poder Judicial se encarga de juzgar (decir si una determinada pretensión es o no conforme al ordenamiento jurídico) y de hacer ejecutar lo juzgado (imponer el cumplimiento de lo anterior a través de la coacción), y; 2) para el caso de la tutela protectora, por medio del *ius puniendi* o poder punitivo, entendido como el derecho del Estado a castigar o sancionar a los ciudadanos que cometan determinadas infracciones de los mandatos y prohibiciones establecidos por el ordenamiento jurídico, siendo que en las sociedades modernas, la finalidad principal del *ius puniendi* es la “prevención general” que implica que la amenaza del castigo opera como un incentivo para que los ciudadanos cumplan por sí mismos las normas jurídicas (Álvarez, s. f.).

La diferencia entre ambas vías, es que el *ius puniendi* no atiende a un interés privado, sino a un interés público de toda la sociedad en el mantenimiento de las normas que rigen la convivencia, por lo que su aplicación no es a todas las vulneraciones del ordenamiento jurídico sino solo a aquellas que la sociedad considera particularmente importantes. Así, por ejemplo, si una persona no cumple con su obligación de pagar el alquiler de su casa, lo normal es que el Estado solo intervenga si el arrendador acude a la jurisdicción para exigir su derecho; en cambio, si una persona mata a otra, el Estado interviene para castigar al homicida con independencia de que haya o no personas que tengan algún interés en el caso (Álvarez, s. f.).

No obstante, como lo reconoce Álvarez (s. f.), hay ocasiones en que los sujetos privados instrumentalizan el *ius puniendi* del Estado para efectos de hacer valer sus derechos subjetivos, como por ejemplo, cuando un trabajador que considera que se ha vulnerado gravemente uno de sus derechos interpone una denuncia para que se castigue al empresario

y le imponga una sanción. Aquí, como indica el autor, en principio el trabajador no conseguiría nada tangible “para sí mismo”, más allá de la hipotética satisfacción emocional de que “se haga justicia”, pero a menudo los trabajadores utilizan estos mecanismos (o la amenaza expresa o tácita de su uso) para presionar al empresario en la negociación cotidiana del poder en la empresa.

El derecho a percibir alimentos suele ser tutelado con ambas formas, como es el caso de nuestro país, en el que se provee en primer lugar, una tutela reparadora del derecho a percibir alimentos a través del proceso civil, buscando que en el caso de los obligados alimentarios que incumplen con las prestaciones que éticamente les corresponden por sus lazos de familiaridad, como con sus hijos, progenitores u otros sujetos alimentistas, como el proporcionarles el sustento para alimentarse, para vestirse, y lograr un desarrollo social adecuado, sean condenados de modo sustitutorio al pago de una pensión alimenticia con la cual pueda buscarse la satisfacción de estas necesidades, y en el caso de negativa del obligado, compelerlo a cumplir con su pago o hacerse efectivo el cobro ejecutando forzosamente su patrimonio; y en segundo lugar, una tutela protectora, a través de la criminalización del incumplimiento alimentario y el ejercicio de la acción penal para sancionar a los obligados alimentarios que pese a ser requeridos para el pago de las pensiones alimenticias en la vía civil, incumplen dolosamente con su pago.

A continuación, se aborda estas dos formas de tutela del derecho alimentario.

## **G. Tutela Procesal Civil del Derecho a Percibir Alimentos**

**a. Necesidad de Tutela Frente al Incumplimiento Alimentario.** Al derecho a percibir alimentos, subyacen relaciones de tipo familiar que más que en el contexto jurídico, se dan en lo social. Y esto es así, en la medida que el espectro de lo jurídico, ocupa un espacio



subsidiario del gran cúmulo de relaciones sociales que se dan entre las personas, puesto que comúnmente se recurre a él, cuando el conflicto ya no ha podido ser solucionado de forma directa por sus participantes.

En el caso de los alimentos, su cumplimiento se manifiesta de modo espontaneo y social con la asistencia que los miembros de la familia se prestan unos a otros, de forma natural, esto es, por su sola condición de familiaridad y en atención a sus vínculos de amor, solidaridad, responsabilidad, etc. Sin embargo, cuando las familias no funcionan de modo normal, suele darse el incumplimiento alimentario, cuyas causas, pueden ser de diversa índole, tales como: el deterioro de la relación paterno – filial cuando no hay convivencia entre los progenitores, la falta de certeza y sentido de responsabilidad de los padres, la posibilidad económica del obligado y la insuficiencia de la madre para hacerse cargo por sí sola de la alimentación del hijo, entre otros (Citando la página de la Revista Vinculando, Cortez y Quiroz, 2014).

Tal incumplimiento ya no constituye sólo una falta a un deber moral dentro de la familia y la sociedad, sino también, la infracción a un derecho constitucional regulado en disposiciones legales, que habilitan al titular del derecho, acudir a la jurisdicción estatal para recibir tutela.

Para tal efecto, se concibe el derecho a la tutela jurisdiccional, como un derecho público y subjetivo, que puede manifestarse, como lo considera Monroy (1996), en dos planos: el primero, antes del proceso, donde implica el derecho que tiene toda persona, en tanto sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias, siendo que para ello, resulta irrelevante su estructura material y

jurídica, siendo lo trascendente, que la construcción procesal destinada a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponda al caso concreto esté siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia, y; el segundo, durante el proceso, implica el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial.

En el caso de los conflictos en los que se encuentran implicados derechos de orden civil, dentro de los cuales se consideran también a los de familia, como el derecho a percibir alimentos, la fórmula procesal que prevé nuestra legislación para su tramitación como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, es la del proceso civil, que de forma general, se rige por las disposiciones normativas del Código Procesal Civil de 1992 y algunas otras disposiciones del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes. En ese sentido, es esta la primera vía estatal con la que cuenta el alimentista para hacer efectivo su derecho a percibir alimentos ante el incumplimiento del obligado.

**b. *El Proceso Civil y sus Fines.*** Como lo considera la doctrina, el proceso civil, tiene por finalidad la declaración de certeza o la realización colectiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas (citando a Rocco, Universidad Católica de Colombia, 2010).

En su sentido más extenso y preciso, la finalidad del proceso civil, pueden concebirse como lo considera Devis (1966), en el cumplimiento de 4 funciones o fines principales:

- En primer lugar, la de servir de medio para la declaración de los derechos y situaciones jurídicas cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de sus sujetos, con ausencia total del litigio o controversia (proceso declarativo puto y voluntario).
- Por medio del proceso civil se obtiene la defensa de los derechos, siempre que sea necesaria, mediante la averiguación y el pronunciamiento de lo que en cada caso sea justo para la composición del litigio, si existe. Con ello, por intermedio del proceso civil, se traduce en voluntad concreta la voluntad abstracta de la Ley, mediante el examen que el juez hace de la norma aplicable y los hechos que va a regular (cuestión de derecho y de hecho), siendo así que, mientras que el legislador, por medio de las normas materiales que dicta, contempla en abstracto las situaciones y les da solución general; el juez, por medio del proceso, impone en forma concreta esa voluntad al caso que contempla.
- De otro lado, el proceso civil sirve también para lograr la realización de los derechos en forma de ejecución forzada, ello cuando no se discute su existencia, sino simplemente su satisfacción, bien sea que ella emane de una decisión del proceso anterior o de un título proveniente del deudor. En este caso, como lo reconoce Chiovenda, el Estado se vale de medidas que actúan sobre la voluntad del obligado para inducirlo a conformarse con la voluntad de la Ley, o se subroga en su actividad, dando directamente al interesado los bienes que la Ley le garantiza.
- Finalmente, el proceso civil sirve para facilitar la práctica de medidas cautelares, que tienden al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la

insolvencia del deudor, o pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente consiguiendo la mejor garantía.

La referencia precedente respecto a las finalidades del proceso civil, tiene que ver con las tres manifestaciones que se le reconoce a la función jurisdiccional, esto es: en primer lugar, la actividad por medio de la cual el Estado aplica la norma general y abstracta al caso concreto e individualiza el mandato legal, lo cual se relaciona con la significación etimológica de jurisdicción (decir el derecho); en segundo lugar, la actividad que se lleva a cabo para que ese mandato concreto sea prácticamente observado, llamada función de coacción porque ejecuta lo juzgado, y; en tercer lugar, la actividad por medio de la cual se asegura que el resultado del proceso se cumpla y no llegue demasiado tarde (Cascante, 2000).

Pese a que estas funciones o fines del proceso civil puedan verse como autónomas, conformando incluso la tipología de procesos que concibe la doctrina civil –proceso de conocimiento, ejecutivo y cautelar-, dentro de un proceso puede concurrir secuencialmente cada una de ellos, dependiendo de las distintas pretensiones que se haya introducido al ejercer el derecho de acción con la demanda. Como lo considera Rocco, normalmente, el desarrollo de la acción ejecutiva se procede cuando ya se ha ejercitado la acción de declaración y la de condena, y cuando, a pesar de que el derecho sea ya cierto y se haya dictado la orden al obligado para que cumpla la prestación que le corresponde, éste no se someta al imperio del derecho de modo espontáneo, por lo que el mismo derecho siga violado todavía (Casassa, 2011).

Es por ello que se refiere, que el proceso de conocimientos y el proceso de ejecución se hallan, como lo refiere Satta, en un mismo plano jurídico, pues ambos coinciden en la esencial finalidad de procurar la plena tutela de los derechos del acreedor. Ambos representan

distintos momentos o etapas dentro de la unidad del fenómeno jurisdiccional. De allí que como, citando a Calamandrei, se puede considerar al proceso de conocimiento como la llave indispensable para la ejecución (Palacios, 2003).

Por ejemplo, en el caso del derecho a los alimentos, concurre una pretensión declarativa, para efectos de que el Juez, mediante sentencia, declare el derecho que conforme a la ley tiene el alimentista demandante y la obligación del obligado alimentario demandado, así como la condena específica a una prestación determinada para finalmente, proceder a su ejecución forzada si no ha mediado el cumplimiento voluntario de parte del condenado, pasando así a la etapa ejecutiva de la sentencia, esto sí es que en el transcurso del proceso, como suele ser común, no se ha planteado también una pretensión cautelar preventiva.

En lo que respecta a la presente investigación, nos interesa el estudio de la finalidad ejecutiva que prevé el proceso civil para tutelar el derecho a los alimentos, lo cual se concibe en la doctrina, como el “proceso de ejecución”.

**c. *El proceso de Ejecución.*** Cuando en el proceso civil, la sentencia a la que se llega es declarativa o determinativa, el interés del vencedor queda satisfecho mediante el simple pronunciamiento de aquella. Empero, cuando se trata de una sentencia de condena, que como tal, impone el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del vencedor (Palacios, 2003). Tal actividad, se desarrolla en el “proceso de ejecución”, que constituye un medio con el que cuentan los justiciables para que, por obra de los órganos jurisdiccionales del Estado, se haga frente al incumplimiento de la

sentencia por parte del vencido sustituyendo su no ejecución voluntaria por la ejecución forzada (Palacios, 2003).

En efecto, como lo señala Couture, ya que las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el dar, hacer u omitir algo, la ejecución forzada, o simplemente ejecución, viene a ser el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia práctica de estas obligaciones impuestas en las sentencias de condena (Couture, 1958). Es por ello que, como lo refiere el citado autor, a diferencia del proceso de conocimiento que se dirige a decidir, el proceso de ejecución se dirige hacia el obrar, esto es, que el derecho entra en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; así, si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble, se aleja de él a quienes lo ocupan; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor (Couture, 1958). Ya no se trata, como lo refiere Palacios, de obtener un pronunciamiento acerca de un derecho discutido, sino de traducir en hechos reales un derecho que, pese a haber sido judicialmente declarado, o voluntariamente reconocido, ha quedado insatisfecho (Palacios, 2003).

Es en ese sentido que se reconoce que, el objeto del proceso de ejecución es, fundamentalmente, la modificación de una situación de hecho existente a fin de adecuarla a una situación jurídica resultante (Palacios, 2003). Y esta modificación de la situación de hecho, se realiza, mediante el empleo de la fuerza, siendo por ello que la *coacción*, como elemento de la actividad jurisdiccional en este proceso, desempeña un papel preponderante, dado que con ella, como lo considera Couture (1958), se permite la invasión en la esfera individual ajena del obligado y su transformación material para dar satisfacción a los

intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Por ello precisa, que ya no se está ante un *obligado*, sino ante un *subjectus*, esto es, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia (Couture, 1958).

De esta manera, el Estado otorga a los justiciables una tutela ejecutiva de sus derechos reconocidos en las sentencias de condena emitidos en los procesos de cognición o en base a documentos que la ley les confiere mérito ejecutivo, para la concreta satisfacción de los mismos (Casassa, 2011).

**d. Clases de Ejecución.** Actualmente, hay consenso en la doctrina respecto a que las medidas coactivas que pueden utilizarse actualmente para hacer efectiva la ejecución, dependen de la índole de las prestaciones cuyo cumplimiento aquella impone. Así, tenemos las siguientes formas típicas:

- **Respecto a las obligaciones de dar suma de dinero.** En el caso de que la sentencia establezca la obligación de dar una suma de dinero, corresponde distinguir según que ésta se encuentre o no visiblemente en poder del deudor. En el primer caso, la ejecución se lleva a cabo desapoderando al deudor de la suma correspondiente y entregándola al acreedor. En el segundo, se procederá al embargo de algún bien que se halle en el patrimonio del deudor, a fin de que, por conducto de su enajenación judicial, se cubra el importe del crédito respectivo (Palacios, 2003).
- **Respecto a las obligaciones de dar cosas que no sean dinero.** De otro lado, si la prestación impuesta por la sentencia consiste en dar cosas que no sean dinero, se logra desapoderar de la cosa al vencido. Si se trata de cosas muebles, el desapoderamiento se realiza mediante el secuestro o eventualmente embargo de la cosa, y si fueran cosas

inmuebles, mediante el desahucio del obligado, pudiendo en ambos supuestos vencerse la resistencia de éste acudiendo al auxilio de la fuerza pública. Pero en el caso de que, por cualquier motivo, el desapoderamiento no pudiese verificarse, se obliga al deudor a la entrega del equivalente de su valor, previa determinación, si fuera necesaria, con los daños y perjuicios a que hubiere lugar (Palacios, 2003).

- **Respecto a las obligaciones de hacer o no hacer.** Finalmente, si la obligación consiste en un hacer o no hacer, si el deudor no quisiere o no pudiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fueses necesario violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses. Sin embargo, en el supuesto de que el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor está facultado para optar entre esa solución y la de pedir autorización a fin de ejecutar el hecho por cuenta del deudor, por sí o por un tercero. Con relación a las obligaciones de no haber, si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que hubiese hecho, o que se le autorice a destruirlo a costa del deudor, o si no, el acreedor tendrá el derecho de pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho (Palacios, 2003).

La doctrina procesal civil contempla otra figura de ejecución procesal de muy importante reconocimiento en muchas legislaciones, aunque no está específicamente regulada en nuestro país: se trata de la figura de “las astreintes”. En ese sentido, dada su relevancia en relación a la variable prestación de alimentos a los alimentistas, su utilidad para la discusión de la presente investigación, y que puede hacerse referencia en el derecho comparado, se va a pasar a abordar a continuación.



e. **Las “Astreintes”**. La doctrina procesal civil contempla, que en ciertas situaciones en las cuales la falta de puntual cumplimiento de la prestación impuesta por la sentencia puede hacer prácticas ineficaces las formas de ejecución antes mencionadas. Tales son los casos en que, dependiendo del cumplimiento de la prestación de la exclusiva voluntad del obligado, la actitud renuente de éste ocasiona perjuicios que no son susceptibles de repararse mediante la simple indemnización de daños como remedio subsidiario (Palacios, 2003).

Es para hacer frente a estas contingencias que la jurisprudencia francesa arbitró un peculiar procedimiento denominado *astreinte*, que significa “constricción”, que constituye un medio indirecto de coacción destinado a obtener el cumplimiento *in natura* de las prestaciones impuestas por la sentencia, y que opera mediante la aplicación de una condena pecuniaria establecida por día u otro periodo de tiempo hasta tanto el deudor cumpla la obligación, por lo que el Juez, puede, a su arbitrio, disminuir o aumentar el monto de las *astreintes*, siendo en definitiva el acreedor el beneficiario de ellas (Palacios, 2003).

Las *astreintes* revisten los siguientes caracteres (Palacios, 2003):

- Constituyen un medio de coacción psicológico tendiente a vencer la voluntad del deudor contumaz.
- Dependiendo del arbitrio del juez, quien puede imponerlas o no, según las circunstancias de cada caso.
- Son provisionales, por cuanto el mismo juez que las decretó puede de acuerdo con las circunstancias, suspenderlas o dejarlas sin efecto. Aquél, asimismo, puede aumentar o disminuirlas atendiendo a la conducta que observe el obligado.
- Carecen de relación con el efectivo perjuicio material o moral sufrido por el acreedor.

- Son aplicables a cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, especialmente a estas dos últimas, para cuyo cumplimiento *in natura* la ley proscribía el empleo de la fuerza sobre la persona del deudor.

Respecto a su naturaleza jurídica, Borda señala dos notas esenciales (Palacios, 2003):

- No son una indemnización de daños y perjuicios, porque a diferencia de ésta, no sustituye a la prestación incumplida, no fijan definitivamente los daños sufridos por el acreedor y no son resarcitorios. Por el contrario, las *astreintes* persiguen el cumplimiento de la prestación, son provisionales y su monto no se fija en la medida del daño, sino en función de la fortuna del deudor.
- No son una pena civil, por cuanto mientras ésta comporta una sanción por el incumplimiento, las *astreintes* constituyen un procedimiento intimidatorio para obligar al deudor a cumplir. De ello se sigue que las *astreintes* constituyen un medio de coacción ínsito en la función jurisdiccional, utilizable por los jueces para hacer cumplir, en circunstancias excepcionales, ciertas prestaciones impuestas en una sentencia de condena.

Esta figura del derecho procesal, se le reconoce su origen en el derecho francés, desde el cual, fue extendido a diversos países, en algunos como consecuencia de la labor jurisprudencial, y en otros, por la inclusión de normas expresas (López, L., 2011). Es acogida legislativamente en los Códigos de Procedimientos Civiles de Francia y Alemania y en los Códigos Civiles de Egipto, Siria y Argentina. También en el derecho inglés, y en el derecho austriaco, siendo que contrario a ello, los tribunales italianos y belgas se resisten a aceptarlas (López, L., 2011). En Latinoamérica, tenemos a Argentina, Uruguay y Portugal, siendo que

en el ordenamiento jurídico peruano, las astreintes no han sido incorporadas, no obstante que, nuestro Código Procesal Civil, dentro de las facultades coercitivas del juez, se puede encontrar similitud con esta figura: así, el artículo 53 establece (Incháustegui, 2016, pp. 18-22):

En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y 2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato”.

Estando a que el artículo faculta al juez, para imponer multas destinadas al cumplimiento de sus mandatos, son como los astreintes, conminaciones pecuniarias y progresivas (Incháustegui, 2016). No obstante a que no está previsto expresamente, hay quienes consideran, que aun cuando este artículo hace referencia al artículo 52, por lo que se entiende que la multa a imponer persigue el fin de preservar una adecuada y correcta conducta procesal, al establecerse también como finalidad “el cumplimiento de sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión”, nada impediría que sea utilizado para la ejecución de obligaciones (Incháustegui, 2016; Zela, 2007).

Cabe resultar que no sólo hay similitud con las astreintes respecto a la multa, sino también, a la detención hasta por 24 horas que el juez puede disponer, que implica una

privación del derecho a la libertad en ámbitos distintos a los de un proceso penal. A la posibilidad de utilización de la privación de la libertad en estas circunstancias, suele denominársele como “prisión civil”, que se concibe, como la que: “...faculta al juez civil [aunque no necesariamente civil en estricto, puede ser, por ejemplo, un juez laboral] para que en determinados supuestos adopte medidas como la prisión temporal del demandado, la finalidad de esta medida es persuadirlo para que cumpla con la sentencia judicial...” (Zela, 2007).

En nuestro ordenamiento jurídico, existen diversas normas que otorgan al juez civil la posibilidad de dictar una orden de arresto, no solo el citado artículo 53 del Código Procesal Civil, considerado el más importante por su generalidad, sino también, el artículo 22 del T. U. O. de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, el artículo 181 del Código de los Niños y los Adolescentes y el inciso 3 del artículo 185, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Zela, 2007). También, aunque con un alcance distinto, se considera el artículo 75 de la anterior Ley Procesal del Trabajo, diferenciándose, por no autorizar directamente al juez especializado en lo laboral a dictar el mandato de detención, sino que solo lo faculta a remitir el caso al juez penal quien se encargará de dictar los mandatos correspondientes (Zela, 2007). Este artículo, establece: “(...) Si el demandado se resiste a cumplir las obligaciones de hacer o de no hacer, el Juez adoptará las siguientes medidas: 1. Impondrá multas sucesivas, acumuladas y crecientes hasta que el demandado cumpla con el mandato judicial. El monto de las multas será de 1 a 20 URP. 2. Si persistiera en el incumplimiento, **denunciar penalmente al demandado por el delito contra la libertad de trabajo o resistencia a la autoridad**” (letra negrita agregada). Con una formulación distinta pero similar sentido, el artículo 62 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Llama mucho la atención esta consideración, puesto que implica, la utilización de la acción penal, prácticamente, como una astreinte para coaccionar al obligado al cumplimiento de las obligaciones laborales. Es de considerar asimismo, que aunque las citadas disposiciones se refieren a las obligaciones de hacer o de no hacer, el segundo párrafo del artículo 168 del Código Penal, sanciona también al que incumple una resolución laboral, que implica una prestación de dar suma de dinero. Así, el Tribunal Constitucional ha determinado en un caso penal por el delito contra la libertad de trabajo, referente al no pago de beneficios sociales, que no es contrario al principio de prohibición por deudas la exigencia del pago de estos beneficios como regla de conducta (TC, N° 2926-2004-HC/TC, 28 de diciembre de 2004, fundamento 3), pese a que, se trata de una deuda, pero cuya naturaleza, es de carácter laboral.

Y es interesante también, porque similar y más clara disposición normativa, la podemos encontrar en el artículo 566 – A del Código Procesal Civil, en cuanto al incumplimiento de la resolución judicial que fija alimentos, puesto que se establece la remisión de copias para el ejercicio de la acción penal, como facultativo a la parte afectada para hacer efectivo el cobro de su acreencia, lo que lo equipara más adecuadamente a una astreinte.

**f. *Proceso de Alimentos y Ejecución en Nuestra Legislación.*** Nuestro Código Procesal Civil regula las tres funciones de la jurisdicción que contempla la doctrina, esto es, tanto en lo que respecta al proceso de conocimiento, el de ejecución y el cautelar. En el caso del derecho a percibir alimentos, se ha establecido su tramitación bajo el proceso sumarísimo (artículo 546 inciso 1), a cargo del Juez de Paz Letrado (artículo 547), cuyo iter, resumidamente, implica la presentación de la demanda, su calificación, contestación y la

realización de la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, que constituye una audiencia única donde puede resolverse finalmente la cuestión o reservarse el Juez la decisión por un plazo de 10 días, donde cabe apelación (Gallegos y Jara, 2012).

Asimismo, dentro de las medidas que puede aplicar el Juez para asegurar el futuro derecho, se tiene la prohibición al demandado de ausentarse del país mientras no garantice debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria (artículo 563); esta última, la asignación anticipada, es también una medida cautelar sobre el fondo (artículos 674, 675 y 676) (Gallegos y Jara, 2012).

Lo concerniente a la ejecución anticipada y la ejecución forzada de la pensión alimenticia es materia de tratamiento legal en el artículo 566 del Código Procesal Civil, que prescribe lo siguiente (Gallegos y Jara, 2012):

- La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque haya apelación. En este caso, se formará cuaderno separado. Si la sentencia de vista modifica el monto, se dispondrá el pago de éste.
- Obtenida sentencia firme que ampara la demanda, el Juez ordenará al demandado abrir una cuenta de ahorros a favor del demandante en cualquier institución del sistema financiero. La cuenta sólo servirá para el pago y cobro de la pensión alimenticia ordenada.
- Cualquier reclamo sobre el incumplimiento de pago será resuelto con el informe que, bajo responsabilidad, emitirá la entidad financiera a pedido del juez sobre el movimiento de la cuenta. Asimismo, en reemplazo de informe pericial, el Juez podrá

solicitar a la entidad financiera que liquide el interés legal que haya devengado la deuda.

- Las cuentas abiertas única y exclusivamente para este propósito están exoneradas de cualquier impuesto.
- En los lugares donde no haya entidades financieras, el pago y la entrega de la pensión alimenticia se hará en efectivo dejándose constancia en acta que se anexará al proceso.
- Si el obligado a prestar alimentos, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones. Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal (artículo 566 – A) (Gallegos y Jara, 2012).

Concluido el proceso de alimentos, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de 3 días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. Las pensiones que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado (artículo 568 del Código Procesal Civil) (Gallegos y Jara, 2012).

Es de precisar, que mientras está vigente la sentencia que dispone el pago de alimentos, es exigible el obligado la constitución de garantía suficiente a criterio del Juez (artículo 572 del Código Procesal Civil) (Gallegos y Jara, 2012, p. 470).

De otro lado, estando a lo dispuesto en el artículo 96 del Código de los Niños y Adolescentes, el Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones. Será también competente el Juez de Paz, a elección del demandante, respecto de demandas en donde el entroncamiento esté acreditado de manera indubitable. Es competente para conocer estos procesos en segundo grado el Juez de Familia, en los casos que hayan sido de conocimiento del Juez de Paz Letrado y este último en los casos que hayan sido conocidos por el Juez de Paz (Gallegos y Jara, 2012), bajo un proceso esencialmente idéntico.

El proceso de alimentos, generalmente, no presenta mayores dificultades, en tanto que lo único que tienen que probar los alimentistas o sus representantes en el proceso, es su vinculación familiar con el obligado y su necesidad –el segundo párrafo del art. 481 del Código Civil establece que no es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del obligado-, para así, obteniendo sentencia judicial firme que ampara la demanda, en la cual se declara la obligación de prestar alimentos por parte del obligado, en una forma determinada, por lo general, en una suma dineraria mensual, sobre la propuesta de las partes –de conformidad con el artículo 568 del Código Procesal Civil-, se practica la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la



notificación de la demanda, de lo cual, se corre traslado al obligado por el plazo de 03 días, y con su contestación o sin ella, el Juez resuelve.

Con todo ello, se cumple la tutela judicial que ofrece el Estado para el derecho a percibir alimentos, donde tiene trascendental importancia, la etapa de ejecución, donde se concreta la tutela jurisdiccional efectiva. La doctrina del derecho procesal civil prescribe, que en algunos casos, para lograr la ejecución bastará con que el órgano jurisdiccional lleve a cabo una determinada actividad que sustituya a aquella que hubiera debido efectuar y no ha realizado el sujeto sobre el que pesa la obligación de que se trate (Cachón, 2011). Esto aplica en los alimentos, cuanto el deudor no paga las pensiones alimenticias liquidadas, por lo cual se pueden embargar sus bienes –conforme al art. 642 del Código Procesal Civil- a fin de rematarlos a cambio de una cantidad de dinero con lo cual cubrir la deuda a favor del alimentista.

Cabe precisar, que la doctrina denomina específicamente a este tipo de tutela en la cual se aplica la coacción estatal para restituir lo que le corresponde al titular de un derecho, como “tutela resarcitoria o asegurativa”, con la cual se indica, aquella que permita la satisfacción de la obligación de hacer o no hacer, recogida en la sentencia definitiva por su equivalente (por lo general, dinero) (Monroy G. y Monroy P., 2001).

También es parte de esta tutela, la posibilidad de acudir a las “astreintes”, como medidas coercitivas dirigidas a compeler al obligado, con el fin de intentar que cumpla su obligación (Cachón, 2011). Como se ha referido, en nuestro ordenamiento procesal, no se contempla la figura de los “astreintes”, sin embargo, no puede dejarse de observar la semejanza de esta institución con lo que establece el artículo 566 – A del Código Procesal Civil, que prácticamente, habilita utilizar opcionalmente el ejercicio de la acción penal como

una medida coercitiva para compeler al obligado alimentario a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, por lo que, esta posibilidad, se analizará en la parte siguiente.

**g. Conminación Punitiva como Medida de Ejecución Judicial.** La Corte Suprema, en el Expediente N° 6473 – 1997 – Lima, ha establecido que:

La sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, con mayor razón en los procesos de alimentos en los que la alimentista puede optar entre el embargo y **la amenaza punitiva**; tales conceptos deben asistir en la interpretación del Art. 149 del Código Penal: no basta la existencia de una sentencia fijando una pensión alimenticia y el presumido incumplimiento para que proceda ipso facto la denuncia por omisión de asistencia familiar, **sino que debe constatarse la presencia de una resolución judicial conminatoria bajo apercibimiento de acción punitiva, dicho de otra manera, que exista requerimiento expreso bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito mencionado...**” (Ramos, 2013, 112) (Letra negrita agregada)

Como se advierte de la descripción realizada por la Corte Suprema, es conforme la jurisprudencia en señalar que la posibilidad establecida por el legislador en el artículo 566 – A del Código Procesal Civil, implica una conminación por el que puede optar el alimentista o su representante para conseguir, a través de la acción penal, coaccionar al obligado para que cumpla con el pago de las pensiones alimentarias, esto es, que se utiliza la acción penal, no para fines protectores y de última ratio cuando ya no hay posibilidad de reparación, sino como un medio de “tutela resarcitoria”, esto es, reparadora.

Si esto es así como finalidad del legislador, se pone en duda entonces, que la finalidad de criminalizar el incumplimiento alimentario a través del delito de omisión de prestación de alimentos, sea una forma de tutela distinta, en los casos en que, hay todavía posibilidad de reparación del derecho que se da en la práctica como consecuencia del ejercicio del poder punitivo, precisamente, cuando con la ejecución de la pena privativa de libertad, se conmina efectivamente al obligado alimentario, quien deja a lado su resistencia o que de algún modo se agencia de los medios para cumplir con las pensiones alimenticias adeudadas. En estos casos, con el cumplimiento de la prestación, una tutela reparadora del derecho se ha hecho efectiva, haciendo que pierda necesidad el establecimiento de otra forma de tutela como la protectora que establece la teoría de los fines de la pena, mucho más, en casos en los que, mantener privado de libertad al obligado alimentario, implica por el contrario, un perjuicio para el alimentista, cuyas expectativas de continuar recibiendo alimentos se ven truncados por el encierro del obligado que impide que trabaje y así atienda su obligación.

**h. *La Medida de Apremio Personal del Derecho Comparado.*** Estando a los temas tratados, se va a hacer también un abordaje de una medida de ejecución judicial en los procesos civiles de alimentos del derecho comparado, que es la medida de apremio personal, la cual implica, un mecanismo de coacción al deudor alimentario para que cumpla con pagar el pago de las pensiones alimenticias, empleando para compelerlo, la privación de su libertad, identificándose con la estructura de la institución de “las astreintes”, abordada por la doctrina procesal civil, la cual no está regulada en nuestra legislación, que se reserva el empleo de la privación de libertad, únicamente bajo la forma de pena privativa de libertad, por lo cual, se hace de sumo intereses su abordaje.

En ese sentido, debe comenzarse por indicar, que el “apremio personal”, también llamado “apremio corporal” y “prisión civil” (Villa, 2017), conforme lo señala Washington (2013), es una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias. En similar sentido, Villa (2017), refiriéndose al apremio de arresto civil, señala que es aquella privación de libertad que se decreta en contra de un sujeto para el caso en que este no cumpla con la conducta particular que se le exige y que no tiene relación con la detención de tipo penal, ya que ésta cumple un objetivo diferente.

Brenes (Citado por Carpio, 2007), también señala, refiriéndose al apremio como “apremio corporal”, que consiste en el arresto en la cárcel pública, pero que no tiene carácter de pena, sino de una medida compulsoria para obtener de la persona contra quien se decreta, el cumplimiento de ciertas obligaciones, siendo por ello, que tan pronto como el obligado cumple, recobra su libertad.

Conforme a Cavaría (Citado por Carpio, 2007), el apremio corporal es la institución jurídica por medio de la cual una persona puede ser privada de su libertad si ha incumplido una orden judicial de una obligación, incidiendo, en que es la persona misma del deudor la que se aprehende perdiendo su libertad ya que es recluida en una cárcel pública.

Por último, tenemos que Carpio (2007) señala, que el apremio corporal puede entenderse como una medida coercitiva que se aplica con el fin de que una persona haga o cumpla algo a lo que estaba obligado, mediando un mandato de un juez competente, el cual tiene como consecuencia la reclusión del incumplidor en un centro penitenciario.

En la legislación comparada, como lo señala Villa (2017), la tendencia va dirigida a la eliminación de las medidas coercitivas personales que involucran la privación de libertad en procedimientos civiles, para reemplazarlas con medidas coercitivas de carácter pecuniario,

no obstante, que hay países que vienen conservando su aplicación para ciertos casos, sea en cuerpos normativos civiles, e incluso penales, como sanción frente al no cumplimiento de una obligación civil, donde pese a no tratarse estrictamente de un apremio, pues es más una sanción, importa una estrecha relación con el no pago de una deuda pecuniaria.

No obstante, es de precisar que si bien ello puede ser así, en el campo de las deudas alimentarias, el panorama es distinto, puesto que hay países, como se verá más adelante, que mantienen muy bien la utilización del apremio personal, esto es, aplicación de privación de libertad, como medida de coacción para hacer frente al incumplimiento alimentario, y en los que no, se aplica de igual forma la privación de la libertad pero bajo la forma de pena. A continuación, se detalla cómo es esta regulación del apremio personal en distintos países del derecho comparado, fundamentalmente, en cuanto medida de ejecución del derecho a percibir alimentos.

En el Derecho Chileno. En el derecho chileno, el arresto es uno de los apremios personales que establece el ordenamiento jurídico para obtener coercitivamente el cumplimiento de una obligación, siendo que una vez decretados los alimentos a favor del cónyuge, padre, hijos o adoptado, si el deudor alimentante ha incumplido, el juez puede ordenar a petición de parte o de oficio, arresto nocturno, que aplica desde las 22:00 horas hasta las 06:00 horas, hasta por 15 días. Si cumplido el arresto, el demandado deja de pagar la pensión correspondiente al mes siguiente, el juez puede repetir esta medida hasta obtener el pago total de la pensión de alimentos adeudada. Asimismo, puede ordenarse el arresto completo hasta por 15 días, si no se cumple el arresto nocturno decretado o no paga la pensión de alimentos después de dos periodos de arresto nocturno consecutivos, y, en caso de que se

den nuevos incumplimientos, el juez puede ampliar el arresto hasta por 30 días (Morales, 2015).

Este apremio personal, se encuentra previsto en la Ley N° 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. Conforme lo indica Leal (2015), estos apremios, que afectan la libertad personal del deudor, pretenden ser una eficaz medida de presión frente a deudores con morosidad reiterada.

Para un mejor entendimiento, se transcriben los artículos relevantes de la citada Ley N° 14.908:

Artículo 14:

Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad de audiencia, imponer al deudor **como medida de apremio, el arresto nocturno** entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.

Si el alimentante infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto hasta por quince días. En caso de que procedan nuevos apremios, podrá ampliar el arresto hasta por 30 días.

Para los efectos de los incisos anteriores, el tribunal que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar

el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio.

En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.

En caso de que fuere necesario decretar dos o más apremios por la falta de pago de unas mismas cuotas, las pensiones alimenticias atrasadas devengarán el interés corriente entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo.

En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado. Para estos efectos, las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial que les dé cumplimiento, debiendo entregar comprobante al deudor. Esta disposición se aplicará asimismo en caso del arraigo que se refiere el artículo 10.

Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo, y no tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso cuarto.

Igual decisión podrá adoptar el tribunal, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que

tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave.

Artículo 15:

El apremio regulado en el artículo precedente se aplicará al que, estando obligado a prestar alimentos a las personas mencionadas en dicha disposición, ponga término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda y carezca de rentas que sean suficientes para poder cumplir la obligación alimenticia.

De otro lado, Leal (2015), denota que contra este apremio, se tenía un antiguo cuestionamiento a su constitucionalidad, al poder considerarse como una prisión por deudas, aclarando sin embargo, que ello no sería así, en tanto conforme a la prohibición de la prisión por deudas tanto en la Constitución Política de Chile, en su artículo 5, como en el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 7 inciso 7, señalan que el principio de prohibición de prisión por deudas, no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Cabe precisar, que en la Constitución Política del Perú, también se tiene la referida previsión, estando acogidos a los mismos pactos internacionales, que también exceptúan a las deudas alimentarias del principio de prohibición de prisión por deudas.

En el Derecho Boliviano. En el derecho boliviano, la medida recibe el nombre de “apremio corporal”, o simplemente “apremio” (Villa, 2017). En el artículo 149 del Código de Familia de Bolivia, se establece el apremio corporal para el caso de no pago de la pensión de asistencia del cónyuge y de los hijos, regulada por el artículo 11 de la Ley de Abolición



de apremio corporal, pudiendo ser ordenada por el juez que conozca de la pensión de asistencia, no pudiendo exceder del plazo máximo de 6 meses, y además, ordenada la libertad, el juez puede disponer nuevo apercibimiento cuando transcurridos 6 meses desde su puesta en libertad, no se hubiere satisfecho en pago de la pensión alimenticias (Villa, 2017).

Cabe precisar, que en la legislación boliviana, también se regula la utilización del apremio personal, para el litigante perdidoso que no cumple con su obligación fijada en una sentencia laboral, lo cual consiste en efecto, en la privación de libertad hasta que no se cumpla la misma, lo cual se encuentra previsto en el artículo 216 del Código Procesal de Trabajo de Bolivia (Villa, 2017). Sobre este último, resulta relevante, lo señalado por el Tribunal Constitucional Boliviano al respecto, sobre qué:

La medida de apremio corporal a la que hace referencia el art. 216 del CPT, no debe entenderse como una punición contra el litigante perdidoso, obligado al pago de lo adeudado a favor del trabajador; al contrario, se trata de una medida de naturaleza compulsiva cuya única finalidad es forzar al empleador el cumplimiento inmediato de una obligación establecida en una sentencia, que por lo demás se encuentra debidamente ejecutoriada”. (Sentencia Constitucional Plurinacional –de Bolivia- 1168/2014-R, considerando III.1, párrafo 3°, citada por Villa, 2017, 35).

Y, asimismo, que:

El apremio en materia laboral, es una forma legal y legítima de restricción del derecho a la libertad, siempre que se cumplan los requisitos establecidos al efecto por el orden constitucional, especialmente por los arts. 23.I y III de la CPE, constituyendo a su vez una materialización del principio de protección de las trabajadoras y los trabajadores consagrado en el art. 48.II de la Norma Suprema” (Sentencia Constitucional

Plurinacional –de Bolivia- 1168/2014-R, considerando III.1, párrafo 3º, citada por Villa, 2017, 36).

En el Derecho Ecuatoriano. En el derecho ecuatoriano, se contempla también la figura del apremio personal, con una regulación general de apremios, siendo que, dentro de su Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, se señala en su artículo 134, que los apremios:

Son aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos. Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales.” (Villa, 2017, 47)

Diferenciándose, que: “El apremio es personal cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y es real cuando recae sobre su patrimonio”. (Villa, 2017).

En su artículo 137, se refiere específicamente al apremio personal en materia de alimentos, señalándose que:

En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días. (Villa, 2017, 48)

Es de precisar, que la jurisprudencia ecuatoriana, ha venido validando la utilización de este apremio personal en materia de alimentos, señalando que no es inconstitucional, al ser un supuesto de prisión por deudas permitido (Villa, 2017).

En el Derecho Costarricense. En el derecho costarricense, también encontramos el apremio, bajo el nombre de “apremio corporal”, y puede encontrarse, en el artículo 165 del Código de Familia, donde se establece, que el apremio corporal puede aplicarse para exigir el pago de las cuotas y también el aguinaldo de la pensión de alimentos establecida (Carpio, 2007).

Asimismo, en la Ley de Pensiones Alimentarias, se regula:

Artículo 24.- Apremio corporal

De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor o mayor de setenta y uno.

Artículo 25.- Procedencia del apremio

El apremio corporal procederá hasta por seis mensualidades, incluyendo el período vigente, siempre que la parte actora haya gestionado el cobro en forma reiterada. El apremio no procederá si se probare que al obligado se le practica la retención efectiva sobre salarios, jubilaciones, pensiones, dietas u otros rubros similares.

El apremio no podrá mantenerse por más de seis meses; se revocará, si la parte interesada recurre a la vía ejecutiva para cobrar la obligación o si el deudor alimentario la cancela.

Se suspenderá la obligación alimentaria, mientras dure la detención, excepto que durante la reclusión se probare que el demandado cuenta con ingresos o posee bienes suficientes para hacer frente a la obligación. La detención por alimentos no condonará la deuda.

Artículo 26.- Allanamiento

Cuando el deudor alimentario se oculte, podrá ordenarse allanar el sitio donde se encuentre. El allanamiento se llevará a cabo con las formalidades del Código de Procedimientos Penales, previa resolución que lo acordare.

Podemos resumir el detalle relevante de las formas de regulación del apremio personal en la legislación comparada de los países que hemos visto, en la tabla 1.

**Tabla 1**

*Regulación del apremio personal en la legislación comparada*

<b>País</b>	<b>Medida de apremio personal</b>	<b>Forma de aplicación</b>	<b>Efecto ante el cumplimiento del pago</b>
<b>Chile</b>	Arresto	1) Ante el incumplimiento, se impone primero arresto nocturno (parcial) contra el deudor alimentario, que implica la privación de su libertad desde las 22 hasta las 6 horas, por 15 días. 2) Si se persiste el incumplimiento, puede ampliarse por 15 días más. 3) Si todavía persiste el incumplimiento luego de 2 periodos de arresto nocturno, puede disponerse el arresto completo del deudor alimentario, que implica la privación de su libertad continua por 15 días. 4) Si persiste el incumplimiento, puede ampliarse por 30 días.	Con el cumplimiento del pago cesa la privación de libertad.
<b>Bolivia</b>	Apremio corporal	1) Ante el incumplimiento, puede disponerse el apremio corporal contra el deudor alimentario, que implica la privación de su libertad hasta 6 meses. 2) Si persiste el incumplimiento, puede ampliarse por 6 meses	Con el cumplimiento del pago cesa la privación de libertad.
<b>Ecuador</b>	Apremio personal	1) Ante el incumplimiento, puede disponerse el apremio personal contra el deudor alimentario, que implica la privación de su libertad hasta por 30 días	Con el cumplimiento del pago cesa la privación de libertad.

		2) Si persiste el incumplimiento, puede ampliarse por 60 días, hasta un máximo de 180 días.	
<b>Costa rica</b>	Apremio corporal	Ante el incumplimiento, puede disponerse el apremio corporal contra el deudor alimentario, que implica la privación de su libertad, hasta por 6 meses.	Con el cumplimiento del pago cesa la privación de libertad.

## ***2.2.2. La Aplicación de la Pena Privativa de Libertad a los Deudores Alimentarios***

### **A. La Criminalización del Incumplimiento Alimentario**

**a. El Derecho a Percibir Alimentos como Bien Jurídico Penal.** En virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la intervención punitiva en la esfera de los derechos de una persona sólo puede ser válida si es que con ella –es decir a través de ella, como un medio-, se busca proteger las situaciones positivamente valoradas que denominamos “bienes jurídicos”. En ese sentido, al criminalizar una conducta, esto es, definirla como delito y amenazar su acaecimiento con una pena, el legislador, en efecto, observa cierta situación que busca proteger, como una posibilidad de acción que permiten los derechos.

Sin embargo, comúnmente esta situación no es expresada con claridad en el material normativo que el legislador expide para su aplicación por parte los operadores de justicia, por ende, al operador de justicia le corresponde realizar una labor deductiva de esta situación positivamente valorada, a partir de ciertos datos sucedáneos que aporta el material normativo o los que le han dado origen, los cuales se constituyen en vestigios de la idea que ha podido tener el legislador. Pero no sólo se limita a ello, puesto que además, desde otra perspectiva, se pone en evidencia que la actuación del legislador no es perfecta, por lo que, no obstante a

que pudiera ser identificada la situación positivamente valorada que buscó proteger, puede que esta, en realidad, no se adecúe a las exigencias para ser considerada un bien jurídico merecedor de protección penal, siendo a ello que precisamente se dirigen los principios limitadores del poder punitivo, por ende, en estos casos, la actividad que realiza el operador de justicia no se dirige a observar o deducir la situación positivamente valorada según la idea del legislador, sino más bien, a adecuarla o deducirla según los lineamientos, principios y valores del ordenamiento jurídico en su conjunto, principalmente, en los que provienen de la Constitución y los dispositivos internacionales de protección de los derechos humanos y fundamentales.

Esta descripción es pertinente para explicar la difícil problemática que implica definir el bien jurídico tutelado penalmente con la criminalización del incumplimiento alimentario, principalmente, porque para ello, tiene que partirse en primer lugar de su regulación positiva. En el caso peruano, el Código Penal –además de las leyes penales especiales- ofrece una regulación de los delitos agrupados de forma ordenada y sistemática bajo un concepto que se identifica como su bien jurídico protegido. Así tenemos, que en su Libro Segundo, se regulan 19 Títulos con las distintas agrupaciones y sub agrupaciones de delitos bajo cada concepto (Vida, el Cuerpo y la Salud, el Honor, la Familia, etc.), siendo que el delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal, se agrupa bajo la denominación de los “Delitos Contra la Familia”.

La Familia como Bien Jurídico Penal. La ubicación del artículo 149 del Código Penal bajo la denominación de “Delitos Contra la Familia”, desde un razonamiento somero y formal, nos llevaría a concluir que el bien jurídico tutelado por este delito es La Familia.

Sin embargo, como lo considera Salinas Siccha, la consideración de la familia como bien jurídico protegido por el delito de omisión de prestación de alimentos resulta desde todo punto de vista cuestionable, pues aduce, que en muchos casos, antes que la conducta del agente se torne en delictiva –antes de darse el incumplimiento-, la familia se encuentra ya seriamente lesionada, cuando no disuelta –siendo precisamente ello una de las causas o factores que desencadenan el incumplimiento- (Salinas, 2015). Y esto es así, porque el mantenimiento de la familia, entendida como las interrelaciones de afecto, unidad, asistencia y solidaridad que se deben sus miembros, no depende del cumplimiento de la obligación alimentaria, sino de otro tipo de condiciones que el derecho no puede asegurar, las cuales tienen que ver, principalmente, con valores morales como los del amor, la responsabilidad, la fidelidad, entre otros. Por ello, el aseguramiento del cumplimiento de la obligación alimentaria por la fuerza del derecho, en modo alguno ayuda a reparar o proteger la familia resquebrajada; por el contrario, el solo accionar civil y con mayor contundencia la intervención punitiva en este ámbito -por lo cual el Estado puede privar de su libertad a uno de sus miembros-, terminan por resquebrajarla aún más.

De otro lado, el asumir a la familia como bien jurídico del delito, implicaría excluir de la tipicidad penal a los incumplimientos alimentarios en los que en estricto, entre el alimentista y el obligado, no existe una relación familiar: esto así, por ejemplo, en el caso de la pensión alimenticia del ex –cónyuge –artículo 350 del Código Civil- y del ex –conviviente –artículo 326 del Código Civil- tras el divorcio o la conclusión de la unión de hecho, cuando la pareja no ha tenido hijos. En estos casos, es claro que no hay ya una “familia” que el ordenamiento jurídico busque proteger, puesto que prácticamente, el camino de ambas personas es ahora distinto y no tiene que ver uno con el otro, sin tener otro vínculo –como un

hijo- que los ate a estar juntos o procurar una coexistencia en unidad; sin embargo, se le da la protección al ex – cónyuge y al ex – conviviente, lo cual tiene sustento, por el contrario, en el estado de necesidad en el que se encuentran estas personas tras la ruptura del vehículo y la exigencia de que sean cubiertas por ser necesario para su desarrollo; por lo que, el legislador hace responsable de ello a un tercero, en este caso, al otro ex – cónyuge o ex – conviviente, lo cual se basa sí en el importante vínculo familiar que mantuvieron en el pasado, lo cual constituye el fundamento no de la protección jurídica del legislador, sino para la determinar de quien debe cubrir esas necesidades.

Estando a lo visto, considero que la tesis de la Familia como bien jurídico del delito de omisión de prestación de alimentos es efectivamente equivocada. Y ello, por que el principal factor que interviene en tal consideración, es como se ha hecho referencia, la formalidad de la ordenación sistemática del delito y la deducción a partir de ella de que el legislador ha previsto que el bien jurídico protegido en (todos) los delitos agrupados bajo el Título III del Libro Segundo del Código Penal es La Familia, lo cual se relaciona también, con el hecho de que en la Constitución, en su artículo 4, se reconoce que: “La comunidad y el Estado... También protegen a la familia y promueven el matrimonio. [y] Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, así como se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 16 se reconoce que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Tal equivoco, a mi parecer, surge por no la no consideración de la naturaleza y funcionalidad que ha cumplido y cumple la familia como institución social. Esto así, porque en efecto, desde las sociedades primitivas hasta las modernas -aunque esto ha ido



evolucionando-, la función principal de la familia ha sido y es el constituirse en una unidad económica y social con base utilitaria (Enciclopedia Británica en Español, 2009, pp. 1-2), esto es, en un medio para la perduración y realización de sus miembros, pues sólo conformando estas unidades naturales y sus derivados, el hombre puede solventar sus necesidades de alimento, seguridad y el mantenimiento de su especie, entre otras que han ido apareciendo y que requieren de la familia para su cobertura, dentro de lo cual no pueden dejarse de mencionar las necesidades psicológicas y morales cuya importancia hoy en día es innegable, siendo por ello que la familia no se considerada ya sólo una unidad jurídica, social y económica, sino ante todo, una comunidad de amor y solidaridad (Enciclopedia Británica en Español, 2009).

En esa línea, el Instituto Interamericano del Niño, concibe a la familia como un sistema, cuya finalidad por excelencia es la de generar nuevos individuos para la sociedad, para lo cual, debe cumplir una serie de objetivos intermedios, tales como: 1) dar a todos y cada uno de sus miembros seguridad afectiva; 2) dar a todos y cada uno de sus miembros seguridad económica; 3) proporcionar a la pareja pleno goce de sus funciones sexuales, dar a los hijos la noción firme y vivenciada del modelo sexual, que les permita identificar claras y adecuadas, y; 4) enseñar respuestas adaptativas a sus miembros para la interacción social (Instituto Interamericano del Niño, s. f.). En sentido similar, García (2000) sostiene precisamente que son 4 las funciones que principales que desempeña la familia en cualquier sociedad y bajo cualquier forma que se presente: 1) la satisfacción de las necesidades sexuales, 2) la procreación, 3) la socialización de los hijos y 4) la cooperación económica entre sus miembros.

Con base en ello, se tiene que si bien todos estos objetivos y funciones de la familia, entre otros, conforman parte del derecho que tiene toda persona a vivir y desarrollarse dentro de una familia, en el sentido de recibir todos estos beneficios de forma amena y directa por sus miembros, los cuales se constituyen en deberes familiares; a excepción del deber de pasar alimentos, los demás deberes, por su naturaleza eminentemente personalísimos y sentimentales, no son coercibles por el derecho. Piénsese, por ejemplo, que no puede exigirse mediante la fuerza estatal que un padre cumpla con brindar afecto a sus hijos, pese a que es un componente esencial para su desarrollo; el deber de fidelidad con la pareja tampoco puede ser coercible, puesto que incluso, nuestra legislación ampara el divorcio, con los efectos perjudiciales que ello trae para la familia. Es por ello, que la obligación que tiene el Estado de proteger la familia, se circunscribe más bien a las políticas sociales para su fomento y al apoyo a su desarrollo.

Por ello, sustentar a la familia como bien jurídico penal del delito de omisión de prestación de alimentos, resulta evidentemente inadecuado, puesto que el grueso de su contenido no puede ser coercible por el derecho, y mucho menos, en específico, por el derecho penal. La única posibilidad de buscar una identificación del bien jurídico con la institución social de la familia, es en cuanto al deber de prestar alimentos, pero más precisamente, al derecho de los alimentistas a percibirlos, que como se ha desarrollado al abordar este tema, se trata de un derecho fundamental y humano de trascendental importancia para el desarrollo en dignidad de la persona, por lo que, a diferencia de la familia, se constituye como una situación positivamente valorada que mejor se encaja como la esencia, lógica y estructura del delito de omisión de prestación de alimentos.

El Deber de Asistencia Familiar como Bien Jurídico. Relativizando la consideración de que la Familia sería el bien jurídico del delito de omisión de prestación de alimentos, cierto sector de la doctrina se inclina por sostener que realidad, sólo parte de ella sería el bien jurídico tutelado penalmente, lo cual se correspondería con los deberes de tipo asistencial, donde prevalece más la idea de la seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia (citando a Muñoz, Bustos, Cobo y Soles; por Bramont –Arias y García C., citados a su vez por Salinas, 2015). En ese sentido se pronuncia también la jurisprudencia, donde tenemos, por ejemplo, la Ejecutoria Superior del 27 de setiembre del 2000, en el expediente N° 2612- 2000, en la cual se estableció que: “...el bien jurídico protegido [en el delito de omisión de prestación de alimentos] es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial como obligación de los padres con sus descendientes, de acuerdo a lo previsto en el artículo ciento dos del Código de los Niños y Adolescentes” (Salinas, 2015).

Sin embargo, hemos de concordar con Reyna (2011), en cuanto indica que considerar como bien jurídico de este delito a los “deberes de tipo asistencial”, si bien es una propuesta más coherente y de acogida por la jurisprudencia, implica un claro error de perspectiva al identificar el bien jurídico con un “deber”, siendo que a decir de Copello (citado por Reyna, 2011), los deberes “no se protegen sino que se imponen”. Esto es así, por que la acepción “deber”, no obstante su acusado carácter polisémico (Díaz, 2011), no puede dejarse de reconocer que su fundamento radica en la necesidad misma de un derecho subjetivo que aparece bajo la forma de una “facultad” (Lastra, 1998), siendo que en el caso del deber de prestar alimentos, o más concretamente, “la obligación alimentaria”, subyace el derecho fundamental y humano de los alimentistas a percibir alimentos, siendo este, como derecho

subjetivo, el objeto de la tutela estatal y en virtud de lo cual, se establece correlativamente el deber o la obligación alimentaria, por ende, es este derecho en realidad el objeto de la protección penal.

En ese sentido, compartimos la posición de Reyna (2011), en el sentido de que lo que se protege penalmente no son los “deberes de tipo asistencial”, sino los derechos que subyacen ante dichos deberes, siendo así el bien jurídico protegido, el conjunto de derechos de asistencia material y familiar correspondientes a la víctima, más concretamente yo diría, con autonomía, el derecho fundamental y humano a percibir alimentos.

Es de precisar, que si bien se alude en referencia a los “derechos de asistencia material y familiar” como bien jurídico tutelado, que ello implica sólo los deberes de orden económico, excluyéndose el mero abandono moral, que sería relegado al mero reproche ético – social (Reyna, 2011), lo cual se entiende, en el sentido de que no se reprime el incumplimiento de los deberes familiares relacionados al afecto y la dirección moral que deben dar también los miembros de la familia, a mi entender, ello se debe a que como se refirió, estos aspectos como exigencias familiares no son coercibles por el derecho; sin embargo, esto es tomando como base de la exigencia los deberes familiares, mientras que por el contrario, desde la perspectiva del derecho a los alimentos, si se considera a nivel de la doctrina una exigencia de cubrir dentro de las necesidades del alimentista las de carácter moral, lo cual si bien no podría ser coercible, si podría ser reparable en el sentido de compensar los daños que le pudiera causar el abandono moral al alimentista, sobre todo en caso de niños, niñas y adolescentes, de cara a la obligación constitucional de asegurar su desarrollo integral. Es por ello que Benítez, incluye dentro del abandono de familia también el abandono moral (Reyna, 2011). En ese mismo sentido, Peña Cabrera, refiriéndose el

artículo 149 del Código Penal, indica que se exige el cumplimiento tanto de la asistencia material o económica, sino también a la de carácter moral, como las obligaciones de auxilio mutuo, educación, cuidado de la prole, etc. (Peña, 2008).

No obstante, es de precisar que de conformidad con el artículo 472 del Código Civil y el artículo 92 del Código de los Niños y los Adolescentes, legalmente, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, la habitación, el vestido, la educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, psicológica y recreación, incluso los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto, lo cual implica, tanto aspectos de aseguramiento económico como moral, esto último, donde se reconoce la necesidad de asistencia psicológica, por lo cual, aunque los otros aspectos morales que reconoce la doctrina no sean coercibles, si pueden ser compensables en cuanto generen afectaciones psicológicas del alimentista que requieren ser estabilizadas con asistencia profesional, por lo que, desde la ley y con el apoyo de la doctrina, bajo la directriz del principio de dignidad de la persona, la tutela de los alimentos comprende también el aseguramiento moral del alimentista.

Así debemos tener que siguiendo a Calón, los deberes de asistencia familiar comprenden tanto los de existencia material como de asistencia moral, pues una asistencia exclusivamente material que provea tan solo la sustancia del asistido, es una asistencia incompleta, que si evita la miseria física, es incapaz de prevenir la corrupción y la inmoralidad especialmente tratándose de los hijos (Pavón, citado por Sánchez, 2011).

El Principio de Autoridad como Bien Jurídico. Desde otra perspectiva, cierto sector de la doctrina considera que el delito de omisión de deber alimentario tutela un bien jurídico dual: por un lado, el eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la

legislación civil, sancionando el incumplimiento de deber de asistencia y solidaridad que tiene su origen en las relaciones familiares, mientras que por otro lado, se protege también el principio de autoridad, que se vulnera con el incumplimiento de una resolución judicial (citando a Álvarez V., Peña, 2008).

En ese sentido, González Rus considera, que lo que castiga el delito de Omisión de Prestación Alimentaria no es el incumplimiento de obligaciones entre particulares, sino el incumplimiento de resoluciones judiciales (Reyna, 2011).

El Derecho Fundamental a los Alimentos como Bien Jurídico. Por el contrario a las citadas perspectivas, puede ubicarse el bien jurídico del delito de omisión de prestación de alimentos, en el derecho humano y fundamental de alimentos, como se ha descrito precedentemente, que implica, para su titular, las posibilidades de acción en pro de su desarrollo personal y social, y para lo cual, requiere del cubrimiento de sus necesidades básicas de alimentarse, vestirse, educarse, contar con salud y acceso al sistema social, entre otros que se consagra el concepto de alimentos.

La situación positivamente valorada que se protege como bien jurídico, vendría a ser las posibilidades de acción que tienen los alimentistas de percibir los elementos necesarios para desarrollarse personal y socialmente, que se vulnera, cuando el obligado alimentario incumple con proporcionarles el sustento alimentario para tal efecto.

**b. *El Delito de Omisión de Prestación de Alimentos.*** Calón ha clasificado los distintos sistemas de tipificación utilizados en el derecho comparado para criminalizar el incumplimiento alimentario, siendo los siguientes: a) el sistema restrictivo, conocido también como “sistema realista”, que se caracteriza por que sólo toma en cuenta el daño económico provocado, esto es, que la omisión del pago se refiere únicamente al monto fijado por el juez,

como es el caso del Código Penal Belga y la Ley Portuguesa; b) el sistema más amplio, que no limita la omisión al monto fijado por el juez, pero que sigue siendo de igual forma restrictivo, como es el caso de las anteriores legislaciones de Suiza, Noruega, México y Japón, etc.; c) el sistema ecléctico, que se caracteriza por incluir dentro del concepto de abandono de familia al desamparo material y el desamparo económico. Y, finalmente, d) el sistema idealista, en el que se comprende tanto la asistencia económica como la moral, como es el caso de las legislaciones de Suiza, Holanda, Noruega, México y Japón (Reyna, 2011). De otro lado, tenemos la clasificación de Ure, seguida en nuestra doctrina por Campana: a) sistema franco – belga o “indirecto”, que requiere la existencia de una decisión judicial previa que imponga al agente una obligación alimentaria; b) sistema italiano o “directo”, que considera dentro del abandono familiar no sólo el incumplimiento de los deberes económicos, sino también el abandono de índole moral; c) sistema polaco o “mixto”, de corte ecléctico (Reyna, 2011).

En el caso de la legislación peruana, en opinión de Reyna (2011), se afilia al sistema de tipificación francés, siendo que el artículo 149 del Código Penal, centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho a percibir alimentos reconocido judicialmente, según entiende el autor, porque esta vinculación del delito de a la omisión de deberes de índole material, guarda mayor coherencia con la propia naturaleza “patrimonial” del derecho a percibir alimentos. Sin embargo, hemos de discordar con esta posición, puesto que aunque pueda seguirse una forma de tipificación extranjera, en estricto, la modalidad del tipo no aparece una restricción del tipo al aspecto económico material, dado que señala: “El que omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial...”, debiendo entenderse, que el tipo depende de la concepción que recibe el tratamiento del

derecho alimentario en la vía civil. De esa forma, sería más adecuada la opinión de Campana Valderrama, en lo que es seguido por Chang, quienes sostienen que nuestra legislación se afilia al modelo “mixto” por qué pese a que de *lege lata* se observan coincidencias con el sistema francés, la jurisprudencia peruana le ha inyectado un sentido de moralidad que conduce a la mixtura del modelo, es por la redacción del tipo que no niega ese contenido, por eso, aunque a ello critique Reyna (2011), dando a entender que esta clasificación se refiere a una valoración o aplicación judicial, tal aseveración resulta muy restringida.

Tipicidad Objetiva. El tipo penal del delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal, establece como supuesto delictivo básico: “El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”; asimismo, contempla como primera agravante: “Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años”; y como segunda agravante: “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”.

Sujeto Activo. En autor en este delito es la persona natural sobre la cual recae la obligación (es de considerar, declarada judicialmente) de prestar alimentos (Reyna, 2011), siendo por ello que cierto sector de la doctrina considera que se trata de un delito de infracción de un deber. Según su formulación típica, quien incurre en este delito no solo ostenta una



obligación alimentaria sustentada en la ley, sino que requiere estar reconocida judicialmente, empero se trata de un elemento complementario.

Sujeto Pasivo. El sujeto pasivo es el alimentista, declarado así judicialmente, conforme a la legislación civil (Reyna, 2011).

Supuesto Delictivo Básico. El primer párrafo del artículo 149 del Código Penal, establece el supuesto de conducta delictiva que se constituye en el núcleo básico del delito, que se circunscribe a la omisión de cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial.

Carácter de Delito de Omisión Propia. Dada su formulación típica, se trata de un delito de omisión propia o también llamado de “pura omisión”, siendo que como lo ha reconocido la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del 12 de enero de 1998, en el Expediente N° 7304 – 1997: “...el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una resolución judicial, siendo un delito de omisión propia donde la norma de mandato consiste en una obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia” (Reyna, 2011, 56).

La Resolución Judicial que Exige Alimentos. Como lo establece el tipo penal, para su configuración, se exige que la obligación alimentaria venga reconocida por una resolución judicial, que fije la obligación de prestar alimentos que se constituye en la situación generadora del deber de actuar (Reyna, 2011). No obstante, como se ha referido, se trata de un elemento complementario que delimita el tipo a las obligaciones alimentarias que previamente han sido ventiladas en un proceso civil, siendo que como se ha visto, en la

legislación comparada se suele incluir también la represión de las omisiones alimentarias, aunque no estén reconocidas previamente a nivel judicial.

Considera Reyna (2011), que dentro de esta exigencia de resolución judicial, también se comprenden a los acuerdos conciliatorios a los que las partes arriben judicialmente en los procesos de alimentos en virtud a lo dispuesto en el artículo 328 del Código Procesal Civil, siendo aplicable únicamente respecto a resoluciones judiciales que fijen obligaciones alimenticias a partir de un acuerdo producido entre las partes, por lo que no puede operar frente al incumplimiento de acuerdos privados sobre alimentos (en el mismo sentido González Rus, como lo indica el citado autor). Al citado auto también sostiene, que la resolución judicial generadora del deber de actuar debe tener carácter definitivo, lo que excluye la punición de los incumplimientos derivados de la asignación provisional de alimentos fijada mediante resolución judicial, pues indica, en ella, no se fija la obligación de prestar alimentos, tratándose únicamente de una medida temporal sobre el fondo (artículo 675 del Código Procesal Civil), cuyo incumplimiento, afirma, puede tutelarse por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad (Reyna, 2011).

El incumplimiento de la prestación alimentaria. El contenido de la omisión típica del delito, implica el incumplimiento de la prestación alimentaria reconocida en una resolución judicial, la cual, si bien comúnmente es expresada en dinero, no necesariamente puede ser así, puesto que caben otras formas de prestar alimentos, de conformidad a lo establecido en el artículo 484 del Código Civil. Para la configuración del delito, no es preciso que el agente omita cumplir totalmente la prestación exigida, siendo suficiente un incumplimiento parcial (Reyna, 2011), no obstante a que por exigencia del principio de última ratio, debe valorarse

si en su caso el grado de incumplimiento es en extremo mínimo o insignificante para habilitar la intervención punitiva.

Sobre la temporalidad del cumplimiento, debe ser realizado dentro del término establecido en la resolución judicial, siendo que si se realiza con posterioridad, igual se configuraría el delito, considerándose que solo podría valorarse de modo favorable para la determinación de la pena (Reyna, 2011); sin embargo, es de considerar aquí también la exigencia de evaluar la significancia de la demora, a través del principio de mínima intervención. No obstante, es de tener en cuenta que Reyna (2011) considera, que la exclusión de la tipicidad por el pago tardío se debilitaría en gran medida la pretensión de prevención general positiva inmanente que se intentan conseguir a través de la pena, además que dejaría de tomar en consideración los intereses de la víctima (de la misma opinión es Tapia, como lo indica el citado autor); sin embargo, es de tener en cuenta que esto sería solo para las demoras relevantes, pero no para cuando estas son insignificantes; por ejemplo, de 1 o 2 días.

Considera también el autor, que tampoco se puede considerar cumplida la obligación cuando el agente haya puesto a disposición del alimentista los medios necesarios para lograr su propia subsistencia (Reyna, 2011), por ejemplo, poniendo a su disposición un negocio para que el alimentista trabaje, desligándose de su responsabilidad; puesto que es su obligación el prestarle alimentos de modo continuo y periódico.

Un aspecto importante que destaca Reyna (2011) respecto a la atipicidad del delito, es cuando el cumplimiento de la prestación alimentaria se realiza pero de modo distinto a lo establecido en la resolución judicial que exige un modo determinado de prestación. En efecto, considera el autor, que no todo incumplimiento de los términos de la sentencia judicial supone el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos, por lo que por ejemplo, en

el caso de que el obligado alimentario por una resolución judicial, tiene dudas sobre la correcta administración de las suma de dinero, cumple con abonar directamente los gastos de manutención de su hijo, como estudios, salud, etc., procediendo a entregar lo restante a la madre, no se configura el delito, puesto que aunque hay un acto de desobediencia al contenido de la resolución judicial, difícilmente podría afirmarse la existencia de un incumplimiento del deber de prestación de alimentos, pues en efecto se cumple con la obligación establecida a favor del alimentista (Reyna, 2011). Asimismo, el autor afirma, que si bien podría cuestionársele a este planteamiento el desconocer la relevancia penal de la desobediencia a un mandato judicial, no sería así dado que ello podría tutelarse con el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad y no mediante el delito de omisión de prestación de alimentos (Reyna, 2011).

En efecto, este planteamiento se refuerza aún más, bajo la interpretación del bien jurídico del delito, como al derecho a percibir alimentos; pues así se delimitaría la tipicidad respecto a los actos que si bien puedan incumplir la resolución judicial, no vulneran el bien jurídico.

Capacidad para Cumplir la Prestación Alimentaria. Por otra parte, la omisión punible en este delito requiere además que el agente posea, en las circunstancias concretas del caso, la capacidad para cumplir la prestación alimentaria (Reyna, 2011). Como lo crítica Reyna (2011), esta exigencia, pese a ser la alegación más frecuente de defensa en estos delitos, es la menos observada por la judicatura, al punto que en la práctica judicial la tipicidad del delito se tiene por verificada sólo con la presencia de la situación generadora del deber de actuar y la no realización de la acción esperada.

Primer Supuesto Agravado. En cuanto al supuesto segundo del artículo 149 del Código Penal, su configuración se encuentra relacionada a la omisión de asistencia (párrafo primero), pues aquí se describe una modalidad agravada del delito de omisión de asistencia familiar fundamentada en el mayor desvalor del comportamiento, la cual se encuentra relacionada al medio típico al que recurre el autor (citando a Nakasaki, Reyna, 2011).

El autor omite su obligación de prestar alimentos recurriendo a actos de falsedad como los de simular “otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona” o la “renuncia” o “abandono malicioso del trabajo”. Como se observa, este segundo párrafo contiene tres conductas diversas: “simulación de obligación alimenticia”, “renuncia maliciosa” y “abandono malicioso” del trabajo. A través de la “simulación de obligación alimenticia”, el agente busca sustraerse parcialmente de la obligación real y objetiva que posee respecto a la víctima mediante el acto de falsedad procesal que supone el ingreso de otro alimentista y el respectivo prorrateo del importe a que puede ser obligado judicialmente. Confluye en esta figura una conducta de falsedad. En estos casos, la persona que colabora con el agente, esto es, quien falsamente alega en sede judicial tener también derechos alimenticios a su favor que deben ser satisfechos por el sujeto activo, responderá a título de cómplice (Reyna, 2011).

Las otras dos conductas incluidas en el segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal (“renuncia maliciosa” y “abandono malicioso” del trabajo) tienen mucha similitud, en la medida en que ambas tienen por finalidad mostrar -falsamente por cierto- al sujeto activo como una persona incapaz de satisfacer su obligación alimenticia y así sustraerlo de la misma (Reyna, 2011).

Segundo Supuesto Agravado. Finalmente, el párrafo final del artículo 149 del Código Penal incluye una circunstancia de agravación fundamentada en el mayor desvalor del resultado. Dicha agravante opera cuando de la conducta típica se produce en la víctima “lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas” (Reyna, 2011).

Tipicidad Subjetiva. Se trata de un delito doloso, esto es, que requiere que el agente tenga conciencia y voluntad respecto a la realización de los elementos objetivos del tipo, pudiendo ser el dolo tanto directo como eventual (Reyna, 2011).

Algunos criterios que ha asumido la jurisprudencia para descartar este elemento típico de la conducta, es la consideración de que el obligado, luego de haber sido requerido judicialmente, haya venido haciendo pagos, aunque inferiores a la suma designada como obligación, de forma continua hasta cumplir con el abono total del importe adeudado.

Reyna Alfaro considera que esta posición sería equivocada, en atención a que siendo el bien jurídico del delito los derechos de orden asistencial, el dolo sería la conciencia y voluntad de que se están vulnerando tales derechos (Reyna, 2011).

## **B. La Ejecución Penal y el Incumplimiento Alimentario**

**a. Formas de Ejecución Penal.** El Código Penal peruano –como se precisa en su artículo 28- regula 4 tipos de penas aplicables a los agentes delictivos: 1) las penas privativas de libertad; 2) las penas restrictivas de libertad; 3) las penas limitativas de derechos, y; 4) la pena de multa. Dentro del primer tipo, se encuentra la forma más clásica de pena privativa de libertad que es la prisión, consistente en la reclusión del agente delictivo en un establecimiento penitenciario por un tiempo determinado o indeterminado, no obstante que ahora se cuenta también dentro de este tipo de penas, la regulación legal de la vigilancia electrónica –artículo 29 del Código Penal-, de carácter preferencial para supuestos especiales,

que priva del desplazamiento y tránsito al agente pero en su propio domicilio, sujeto a vigilancia y reglas de conducta. Dentro del segundo grupo, tenemos la pena de expulsión para los extranjeros, habiéndose derogado la pena de expatriación para los nacionales – artículo 30 del Código Penal-. Dentro del tercero, tenemos a las penas de prestación de servicios a la comunidad –artículo 34 del Código Penal-, limitación de días libres –artículo 35 del Código Penal- e inhabilitación –artículo 36 del Código Penal-, que se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas en cada delito o como sustitutivas o alternativas a las penas privativas de libertad; y el cuarto es la pena de multa –artículo 41 del Código Penal-.

En el caso del delito de omisión de prestación de alimentos, conforme al artículo 149 del Código Penal, se encuentra sancionado, con las siguientes penas conforme a la Tabla 2:

**Tabla 2**

*Penas aplicables al delito de omisión de prestación de alimentos*

<b>Supuesto</b>	<b>Penalidad</b>
Supuesto simple:  “El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial...”	Catálogo punitivo  “será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas”
Primer supuesto agravado:  “Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo...”	Catálogo punitivo  “...la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años”
Segundo supuesto agravado:  “Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas...”	Catálogo punitivo:  “...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”.
--	---

Como puede verse, menos el supuesto simple, las formas agravadas solamente imponen la aplicación de pena privativa de libertad, no obstante, en su forma simple, puede caber también la imposición de la pena de prestación de servicio comunitario; ello, no obstante a que también, por la baja penalidad del supuesto simple y los otros supuestos, cabe también la posibilidad de convertirse la pena privativa de libertad, en pena de multa o limitativa de derechos, incluso, por la pena de vigilancia electrónica.

No obstante, en la práctica, dada la importancia de los deberes alimentarios y su implicancia para los alimentistas y sus derechos fundamentales, mucho más, cuando se trata de niños y adolescentes, en aplicación del principio de Intereses Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, suele aplicarse en la gran mayoría de casos pena privativa de libertad, no obstante, que la forma de su imposición su varia, pues normalmente, viene sujeta previamente a alguna alternativa a su efectividad, sujeto a reglas de conducta, y solo ante su incumplimiento se hace efectiva, empero también se encuentran casos que por su gravedad (como en los casos de reincidencia o múltiples procesos), se impone de frente una pena privativa de libertad efectiva.

**b. Determinación de la Pena.** Conforme a los artículos 45, 45 – A y 46 del Código Penal, para determinar la pena a los sentenciados por este delito, debe aplicarse el procedimiento de tercios vigente, que implica, después de identificar el marco punitivo previsto en la ley para el delito, ubicar un nuevo marco de los que surgen de la división del marco general en 3 partes o tercios: uno de menor cantidad punitiva: tercio inferior, otro de



cantidad intermedia: tercio intermedio, y otro de mayor cantidad: tercio superior. Esta determinación se realiza, según las reglas que se sustentan en la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes del caso. Estas reglas son: 1) cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; 2) cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; 3) cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior; 4) cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; 5) cuando concurren circunstancias agravantes calificadas, la pena concreta se determina por encima del tercio superior, y; 6) en los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Para tal efecto, las situaciones que han de evaluarse son, según las características de este delito, las circunstancias genéricas de atenuación aplicables son: a) la carencia de antecedentes penales; b) la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; c) el procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; d) reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; e) la edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible. Mientras que las agravantes genéricas aplicables son: a) la ejecución de la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; b) la ejecución de la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la

identificación del autor o partícipe; c) hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; d) si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

De otro lado, las circunstancias atenuantes privilegiadas no se encuentran expresamente identificadas, pero se las identifica con las que la propia ley les da un tratamiento diferenciado con una reducción excepcional de pena, como es el caso, que, para el caso del delito en comento, es aplicable únicamente la responsabilidad restringida por la edad –artículo 22 del Código Penal- o una eximente incompleta –artículo 21 del Código Penal-.

Asimismo, las circunstancias agravantes cualificadas, de igual forma, son las que la ley les da un tratamiento diferenciado con un aumento excepcional de pena, como es el caso de la reincidencia –artículo 46 – B del Código Penal- y la habitualidad –artículo 46 – C del Código Penal-, cuando se incurren en nuevos delitos dolosos después de haber cumplido en todo o en parte una pena.

Dentro de este nuevo marco, la determinación cuantitativa de la pena obedece a parámetros valorativos como son según las características del delito, las carencias sociales que hubieran sufrido, su posición económica, formación, oficio o profesión, su cultura, sus costumbres, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de

vulnerabilidad, y también, por supuesto, la apreciación valorativa de la concurrencia de las atenuantes y agravantes previstas.

Pero además, este análisis de determinación punitiva debe darse en lo cualitativo, en el supuesto simple del delito, los criterios antes referidos deben evaluarse para efectos de determinar si lo que cabe es una pena privativa de libertad –no mayor de 3 años-, o una pena de prestación de servicios a la comunidad –de 20 a 52 jornadas-, e incluso la posibilidad de eximir de pena, con la figura de la exención de la pena –artículo 68 del Código Penal-. No obstante, de determinarse según este análisis que lo que corresponde es una pena privativa de libertad, como lo es indefectiblemente en los supuestos agravados -no menor de 1 ni mayor de 4 años y no menor de 3 ni mayor de 6 años-, cabe todavía analizar si puede aplicarse las distintas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como son la reserva del fallo condenatorio –artículo 62 Código Penal-, la suspensión de la ejecución de la pena –artículo 57 del Código Penal- o la conversión de la misma –artículo 52 del Código Penal-.

**c. Ejecución de la Pena por Incumplimiento Alimentario.** Conforme al marco legal descrito, las opciones para el sentenciado por el delito en comento son, dentro del supuesto simple: 1) ser exento de pena; 2) aplicársele una pena de servicios a la comunidad; 3) aplicársele una reserva del fallo condenatorio; 4) aplicársele la suspensión de la ejecución de su pena privativa de libertad; 5) convertirse la pena privativa de libertad en una de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres; 6) imponérsele vigilancia electrónica, y; 7) ser condenado a una pena privativa de libertad efectiva.

Los casos que comúnmente suelen ocurrir en la práctica judicial son los del supuesto simple, ante el incumplimiento del obligado alimentario de la resolución judicial que le conmina a cumplir el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, y la forma de ejecución

judicial que suele imponérsele, según la concurrencia de distintos factores, puede ser clasificada de la siguiente forma:

- Para los sentenciados primarios, que, no obstante a haber cometido el delito han cumplido con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, la exención de pena, una pena de servicios a la comunidad o la reserva del fallo condenatorio.
- Para los sentenciados primarios, que no han cumplido con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, la suspensión de la ejecución de su condena, bajo reglas de conducta primordializando la del cumplimiento del pago de las pensiones adeudadas y la reparación civil.
- Para los sentenciados que ya han cometido el delito en anteriores oportunidades, que son reincidentes o habituales, o que no se verifica un pronóstico favorable de no volver a delinquir, la pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.

Dentro de esta práctica judicial es que se verifica comúnmente, la utilización de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como una forma coercitiva de compeler al obligado alimentario a cumplir con la regla de conducta del pago de las pensiones alimenticias adeudadas y también la reparación civil, bajo el apercibimiento de revocarse esta suspensión y hacerse efectiva la privación de libertad; dentro de lo cual, una vez revocada la suspensión o también en los casos en que se ha impuesto pena efectiva, la privación de libertad del sentenciado cumple su efecto coactivo, compeliéndolo a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la reparación civil.

Anteriormente, no se tenía una norma que permitiera otorgar libertad en estos casos, sino hasta recientemente, podría considerarse, con el artículo 52 – A del Código Penal,

incorporado por el Decreto Legislativo N° 1300, publicado el 30 de diciembre del 2016, que prevé la posibilidad de la conversión de la pena privativa de libertad en ejecución, bajo el texto: “El Juez competente puede convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una pena limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia”. No obstante, que esta posibilidad también es limitada, como se ha establecido en el mismo procedimiento para su otorgamiento, conforme al Decreto Legislativo N° 1300, siendo que en el tercer párrafo de su artículo 3, se ha establecido:

Tampoco procede cuando se trate de condenados que revistan cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) Tener la condición de reincidente o habitual, o
- b) Que su internamiento sea consecuencia de revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Esto es, que por ejemplo, en los casos en los que se impone reserva de fallo condenatorio o suspensión de ejecución de pena a los deudores alimentarios, y ante el incumplimiento de las reglas de conducta, como la del pago de las pensiones alimenticias adeudadas y reparación civil, se les revoca la reserva o la suspensión, los deudores alimentarios no pueden volver a retomar su libertad vía la conversión en ejecución de sentencia, por lo que sería aplicable únicamente a quienes de primera mano, se les ha impuesto una pena privativa de libertad efectiva.

Desde la perspectiva de que la criminalización del incumplimiento alimentario tiene por objeto lograr el cobro de una deuda alimentaria, suele razonarse que cuando ya se ha cumplido, carece de sentido que sigan surtiendo sus efectos conminatorios, precisamente, en cuanto a la amenaza de la pena o la misma pena dispuesta y aún no ejecutada, e incluso, la que ya se viene ejecutando.

**d. *El Problema de la Privación de Libertad de los Deudores Alimentarios que Cumplieron el Pago de las Pensiones Alimenticias Adeudadas e Indemnización.*** Un problema relevante de la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, es el de que cuando son privados de su libertad, cumplen con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas e indemnización, el cual, se ha venido presentándose desde larga data como lo denotan distintos pronunciamientos judiciales a nivel nacional; y asimismo, son también diversas las perspectivas de solución que se han formulado; de entre las cuales, tenemos la utilización de las llamadas “revocatoria de la pena efectiva” o “revocatoria de la revocatoria de la suspensión de la pena” (Vargas, 2013, p. 16), criterios asumidos por los Jueces Penales mediante los cuales sin fundamento legal –por no existir legislación que establezca dicha modalidad-, disponían en el primero de los casos, la variación de la pena privativa de libertad efectiva dictada en las sentencia condenatoria, otorgando la libertad al condenado, y en el segundo de los casos, la revocación de la revocatoria de la suspensión de la pena de prisión dispuesta, otorgando de igual forma la libertad al condenado, bajo el sustento de que en dichos casos, la prisión carecía de sentido.

Asimismo, la utilización de la figura jurídica de la “libertad anticipada”, prevista en el artículo 491 inciso 3 del Código Procesal Penal (Vargas, 2013, p. 20), interpretando dicha

institución procesal como una institución de naturaleza sustantiva que permitía otorgar la libertad anticipadamente a los condenados por circunstancias excepcionales.

Posteriormente, el 16 y 17 de noviembre del 2012, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal en la ciudad de Arequipa, en el cual los Jueces Penales Superiores de la República convocados, opinaron en mayoría por el criterio de que la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad dispuesta por los Jueces Penales, como un acto alcanzado por la “teoría del acto jurídico”, era pasible de la institución de la “ineficacia sobreviniente del acto jurídico”, considerando así que si el condenado a pena privativa de libertad suspendida en su ejecución (por cualquier delito, no solo el de incumplimiento de obligación alimentaria), cuya suspensión fuera revocada, disponiéndose la efectividad de la pena privativa de libertad efectiva, antes de su captura, cumplía con el pago de la regla de conducta de pagar la reparación del daño causado cuyo incumplimiento generó la revocatoria (en el caso del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la reparación civil), podía declararse la ineficacia de la revocatoria, anulando las órdenes de captura contra el sentenciado.

Empero, como posición oficial y vinculante, la Corte Suprema de la República, expidió la Casación N° 189 – 2011 – Huaura, del 16 de octubre del 2013, posteriormente reforzada con el Acuerdo Plenario N° 3 – 2012/CJ – 116, en la que por mayoría, con los votos de los Jueces Supremos Príncipe Trujillo, Salas Arenas, Neyra Flores y Tello Gilardi –dirimente-, se estableció como criterio vinculante la imposibilidad de las figuras antes anotadas, precisamente, respecto a la posibilidad de revocar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena, aclarando que la figura de la libertad anticipada tenía una

naturaleza procesal y no sustantiva, por lo que en virtud de ella no se podía establecer forma de libertad alguna si es que no fuera con una institución de carácter penal sustantivo. Este criterio, contra 3 votos de los Jueces Supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Morales Parraguez, en contra en los que se opinaba por la viabilidad del cese anticipado de la prisión en estos casos con argumentos constitucionales, los cuales, no fueron abordados por los votos mayoritarios, en los cuales por el contrario, se abordó el problema con argumentos de preferencia legalista.

Luego se han incluido otros pronunciamientos, como la Casación N° 382-2012 La Libertad, del 19 de octubre del 2013, mediante la cual se reitera que la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad –en referencia a la conversión de la pena-, siendo que tal supuesto no está previsto en el Código Penal, insistiendo en que no existe la revocatoria de la revocatoria, que lleve a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad. Es de resaltar aquí, el voto en contra del Juez Supremo Morales Parraguez, reiterando la posición asumida en los votos en contra del anterior pronunciamiento casatorio, no así el Juez Supremo Villa Stein, quien pese a conformar el voto en contra del anterior pronunciamiento, en este cambió de criterio, dado el consenso que habían tomado los Jueces Supremos que motivo el Acuerdo Plenario N° 3 -2012/CJ -116.

También, en similar sentido, en lo que respecta a la aplicación de la libertad anticipada, se tiene la Casación N° 251-2012 La Libertad, del 26 de setiembre del 2013,



igualmente, con el voto en contra del Juez Supremo Morales Parraguez, y el cambio de criterio del Juez Supremo Villa Stein.

Sin embargo, aunque estos pronunciamientos resuelvan en lo jurisprudencial el asunto, no se ha resuelto ni de forma teórica ni práctica el problema. Es de considerar, que optar por asumir la legalidad sin más, no dice nada del conflicto constitucional subyacente, que planteado en los votos en minoría de la Casación N° 189 – 2011 – Huaura, y luego en los del Juez Supremo Morales Parraguez, debieron ser mínimamente abordados, esto es, dar razones sobre por qué, muy aparte de considerar si la libertad anticipada o la conversión de la pena era jurídicamente viable o no, debía prevalecer la legalidad a las razones constitucionales que justifican la prisión por el delito de omisión de prestación de alimentos, de cara a su real finalidad y proporcionalidad.

Al respecto, cabe precisar, que ante la inviabilidad de las pretendidas soluciones para el referido problema esbozadas en la práctica judicial, en tanto que no se derivan de las disposiciones del ordenamiento jurídico, o se sustentan en enfoques erróneos o poco sustentados sobre figuras jurídicas como la ejecución de la pena privativa de libertad tras revocarse la suspensión, a través de la teoría dogmática del acto jurídico, o de la libertad anticipada como una figura de derecho sustantivo, el año 2017, sustenté mi tesis de maestría, denominada: Justificación del cese de la pena por omisión alimentaria como consecuencia del pago de lo adeudado.

En dicho trabajo, investigue la posibilidad dogmática jurídica, de disponer el cese de la pena privativa de libertad de los condenados por el delito de omisión de prestación de alimentos cuando hayan cancelado el pago de su obligación alimentaria adeudada y su

reparación civil, esto es, ofreciendo una solución consistente, fiable y válida jurídicamente para este problema.

Esto se dio fundamentalmente y como puede mencionarse a grandes rasgos, a partir de la identificación de los contenidos constitucionales que subyacen a la aplicación de la privación de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, como son el dar tutela al derecho humano y fundamental a percibir alimentos, que se configura así en base a su reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte y de conformidad con la Constitución, así como su configuración de esta forma, conforme al paradigma ius filosófico del Neo constitucionalismo, como una norma principio, que lleva a la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad para su aplicación, con lo cual, dadas las particulares características de la normalidad en materia de derecho de alimentos, siguiendo su historia y los referentes de mayor jerarquía del derecho internacional, así como estando a las características fácticas del problema del incumplimiento alimentario y de las razones para emplear la privación de libertad para lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos, llevó a sostener fundadamente en derecho, que no podía aplicarse aun si está previsto en la ley y no lo está por el contrario una posibilidad de cese, la continuidad de la privación de libertad irrazonable y desproporcional frente al propio derecho a percibir alimentos, viabilizando, que jurídicamente pueda disponerse el cese de la pena en estos casos, como se demostró en mi investigación (Rojas, 2017).

Lo relevante de esta investigación, es que se denotó, que aun desde el punto de vista dogmático jurídico, que implica una visión abstracta de la normatividad sobre el uso de la privación de libertad en forma de pena para hacer frente al incumplimiento alimentario, se

advirtió la existencia de un grave problema de inconstitucionalidad que se genera al mantener en virtud de la ley, privado de libertad a un deudor alimentario cuando ya ha cumplido con el pago de las pensiones alimenticias e indemnización, siendo que tal circunstancia, implica un uso irrazonable y desproporcionado de la privación de libertad, y por ende, inconstitucional; lo cual, deviene así, por la propia estructura y forma de emplear la privación de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, en forma de pena, bajo la estructura del sistema punitiva, del cual se da cuenta en la doctrina, de la problemática que implica su utilización, en casos donde pueda suponer incluso mayores perjuicios y causa más daños que su no aplicación, lo cual hace necesario repensar la forma de su utilización, y en su caso, la necesidad de emplear otras formas de regulación del uso de la privación de libertad distintas a la pena, como es la medida de apremio personal del derecho comparado, que carga con la problemática estructura de una pena y del sistema punitivo, ofreciendo mayores ventajas, o al menos, menores problemas que su uso en forma de pena privativa de libertad, lo cual se relaciona con la presente investigación, en la cual se formuló como hipótesis, que mientras mayor es la aplicación de la privación de libertad como pena a los deudores alimentarios, menor es la prestación de alimentos a los alimentistas, lo cual podría explicarse, precisamente, en las deficiencias que tiene esta regulación, como se ha denotado en mi antes referida investigación dogmática jurídica.

***e. Represión Penal del Incumplimiento Alimentario en el Derecho Comparado.***

Algunas regulaciones similares al delito de omisión de prestación de alimentos en el derecho comparado, son las siguientes:

En el Derecho Chileno. En el Código Penal Chileno, encontramos la siguiente disposición normativa (Reyna, 2011, 222):

Artículo 352:

El que abandonare a su cónyuge o a un ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo.

En el derecho boliviano. En el Código Penal Boliviano, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 219):

Artículo 248

El que sin justa causa no cumpliere las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se sustrajere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reducción de seis meses o dos años o multa de cien a cuatrocientos días.

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

Artículo 249

Incurrirá en privación de libertad de seis meses a dos años, el padre, tutor, curador, de un menor o incapaz, y quedará inhabilitado para ejercer la autoridad de padre, tutela o curatela, en los siguientes casos:

1. Si dejare de proveer sin justa causa a la instrucción primaria de un menor en edad escolar.

2. Si permitiere que el menor frecuente casas de juego o de mala fama o conviva con persona viciosa o de mala vida.

3. Si permitiere que el menor frecuente espectáculos capaces de pervertirle o que ofendan al pudor, o que participare el menor en representación de igual naturaleza.

4. Si autorizare a que resida o trabaje en casa de prostitución.

5. Si permitiere que el menor mendigue o sirva a mendigo para inspirar conmiseración.

#### Artículo 250

El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años. La pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

En el derecho Costarricense. En el Código Penal de Costa Rica, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 223):

#### Incumplimiento del deber alimentario

#### Artículo 185

Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No 7332 del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omita prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado.

El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción. La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos. La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia.

Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz.

#### Incumplimiento agravado

##### Artículo 186

El máximo de la pena prescrita en el artículo anterior se elevará un tercio cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria, traspasare sus bienes a terceras personas, renunciare a su trabajo o empleare cualquier otro medio fraudulento.

#### Incumplimiento de deberes de asistencia

##### Artículo 187

El que incumpliere o descuidare los deberes de protección, de cuidado y educación que le incumbieren con respecto a un menor de dieciocho años, de manera que este se encuentre en situación de abandono material o moral, será reprimido con prisión de seis meses a un año o de veinte a sesenta días multa, y además con incapacidad para ejercer la patria potestad de seis meses a dos años. A igual pena estará sujeto el cónyuge que no proteja y tenga en estado de abandono material a su otro cónyuge. En este caso y en los previstos por los artículos 185 y 186, quedará

exento de pena el que pagare los alimentos debidos y diere seguridad razonable, a juicio del juez, del ulterior cumplimiento de sus obligaciones.

En el Derecho Colombiano. En el Código Penal Colombiano, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 222):

#### Artículo 233

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.

#### Artículo 234

La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio.

#### Artículo 235

La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

#### Artículo 236

El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero

permanente, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya otro delito.

En el Derecho de El Salvador. En el Código Penal de El Salvador, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 224):

Abandono y desamparo de persona

Artículo 199

El que teniendo deber legal de velar por un menor de dieciocho años o una persona incapaz de proveerse por sí misma, los abandonare poniendo en peligro su vida o su integridad personal, o los colocale en situación de desamparo, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Incumplimiento de los deberes de asistencia económica

Artículo 201

El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia civil definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella, será sancionado con diez a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Si para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria traspasare bienes o se valiere de cualquier medio fraudulento, la sanción será de seis meses a un año de prisión.



En el Derecho Español. En el Código Penal Español, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 225):

Artículo 226

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

Artículo 227

El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

#### Artículo 228

Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

#### Artículo 229

El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

#### Artículo 230

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

#### Artículo 231

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

#### Artículo 232

1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si esta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

#### Artículo 233

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.”

En el Derecho de Guatemala. En el Código Penal Guatemalteco, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 228):

Artículo 242

Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses a dos años, salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación. El autor no quedará eximido de responsabilidad penal, por el hecho de que otra persona los hubiere prestado.

Artículo 243

La sanción señalada en el artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento.

Artículo 244

Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que éstos se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año.

Artículo 245

En los casos previstos en los tres artículos anteriores, quedará exento de sanción, quien pague los alimentos debidos y garantizare suficientemente, conforme a la ley, el ulterior cumplimiento de sus obligaciones.

En el Derecho de Panamá. En el Código Penal Panameño, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 229):

#### Artículo 213

El que, estando obligado a proporcionar a otro los medios indispensables de subsistencia, omita el cumplimiento de su deber alimentario, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año o de 50 a 100 días-multa.

Parágrafo: El Juez determinará, para la aplicación de este artículo, la situación y recursos económicos del obligado a proporcionar alimentos.

Si resultare fehacientemente que el obligado no tiene recursos económicos el Juez lo eximirá de Pena.

#### Artículo 214

La sanción prevista en el artículo anterior se agravará en una tercera parte cuando el autor para eludir el cumplimiento de su deber de alimentos, renuncie a su trabajo, transponga sus bienes o por cualquier otro modo provoque su insolvencia.

#### Artículo 215

El que incumpla o abuse de los derechos que le otorgue el ejercicio de la patria potestad, la tutela o la curatela, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y de 20 a 60 días-multa, además de la pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos.

Si estos delitos se cometen en perjuicio del cónyuge separado de cuerpo pero no divorciado, de un hermano o hermana que no viven en familia con el autor del hecho de un tío, sobrino o afín dentro del segundo grado, no se seguirá procedimiento criminal sino por acusación formal del ofendido.

En el Derecho de Paraguay. En el Código Penal Paraguayo, encontramos las siguientes disposiciones normativas (Reyna, 2011, 230):

Artículo 225 Incumplimiento del deber legal alimentario

1. El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2. El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

Podemos resumir el detalle relevante de las formas de regulación de la pena privativa de libertad en la legislación comparada de los países que hemos visto, además, contrastarlo también con la regulación del apremio personal en la legislación comparada, en la Tabla 3.

**Tabla 3**

*Formas de aplicación de pena privativa de libertad ante el incumplimiento alimentario en el derecho comparado, en contraste con la aplicación de medidas de apremio personal*

<b>País</b>	<b>Medida de apremio personal</b>	<b>Pena privativa de libertad frente al mero incumplimiento</b>	<b>Ante circunstancias más graves que el mero incumplimiento</b>
<b>Chile</b>	Arresto Nocturno por 15 días, pudiendo agravarse por 15 días más, y arresto completo, y hasta por 30 días más	No tiene	“El que abandonare a su cónyuge o a un ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufre lesiones graves o muere a consecuencia del abandono”  Presidio mayor en grado mínimo
<b>Bolivia</b>	Apremio corporal Hasta 6 meses, ampliable por 6 meses.	“El que sin justa causa no cumpliera las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se sustrajere al cumplimiento de las indicadas obligaciones...” Reducción de 6 meses o 2 años o multa.	No tiene
<b>Ecuador</b>	Apremio personal Hasta 30 días, ampliable por 60 días, a un máximo de 180	No tiene	No tiene
<b>Costa rica</b>	Apremio corporal Hasta por 6 meses	“...padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que	1) Atendiendo a la gravedad, pueda aumentarse la pena hasta el doble.

		deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado” Prisión de 1 mes a 2 años, o multa.	2) Quien traspasa sus bienes, renuncia a su trabajo o emplea medio fraudulento, se pena con 1/3 por encima de la pena máxima.
<b>Perú</b>	No tiene	“El que omite cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial...”, Hasta 3 años de pena privativa de libertad (PPL)	1) Si se simula otra obligación o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena será no menor de 1 ni mayor de 4 años de PPL 2) Si se produce lesión grave, la pena será no menor de 2 ni mayor de 4 años de PPL 3) Si la víctima muere, pena será no menor de 3 ni mayor de 6 años de PPL
<b>Colombia</b>	No tiene	“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge” Prisión de 1 a 3 años y multa	4) Si víctima es menor de 14 años, pena será de 2 a 4 años o multa. 5) Si se fraudulenta, oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio, pena se aumenta hasta en una 1/3 parte.
<b>El Salvador</b>	No tiene	“El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia	1) Si se traspasa bienes o cualquier medio fraudulento, la sanción será de 6 meses a 1 año de prisión. 2) Pone en peligro vida o integridad personal, o colocare en situación de desamparo, será



		<p>civil definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella”</p> <p>10 a 30 jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.</p>	sancionado con prisión de 1 a 3 años.
<b>España</b>	No tiene	<p>“El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados...”</p> <p>Pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.</p> <p>“El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos...”</p>	No tiene

		Pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.	
<b>Guatemala</b>	No tiene	<p>“Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido,…”</p> <p>Prisión de 6 meses a 2 años</p>	La sanción señalada en el artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación, traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento.
<b>Panamá</b>	No tiene	<p>“El que, estando obligado a proporcionar a otro los medios indispensables de subsistencia, omita el cumplimiento de su deber alimentario,…”</p> <p>Prisión de 6 meses a 1 año o multa.</p>	La sanción prevista en el artículo anterior se agravará en una tercera parte cuando el autor para eludir el cumplimiento de su deber de alimentos, renuncie a su trabajo, transponga sus bienes o por cualquier otro modo provoque su insolvencia.
<b>Paraguay</b>	No tiene	<p>“El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación…”</p> <p>PPL de hasta 2 años o con multa.</p>	No tiene

### 2.3. Marco Conceptual

Los conceptos afines a mi objeto de estudio son los siguientes:

**Alimentos:** “Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia; esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad” (Cabanellas, 2002, p. 31).

**Delito:** “...hecho antijurídico y doloso castigado con una pena”. (Cabanellas, 2002, p. 116).

**Deudor:** “El sujeto pasivo de una relación jurídica; más concretamente, de una obligación. El obligado a cumplir la prestación; es decir, a dar, a hacer, o a no hacer algo en virtud de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o disposición expresa legal” (Cabanellas, 2002, p. 129).

**Inadecuación:** “Falta de adecuación” “Adecuado: Apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo” (RAE, 2018).

**Pena:** “Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados” (Cabanellas, 2002, p. 300).

**Pena privativa de libertad:** “La que recae sobre la persona o integridad física del delincuente..., la que restringe la libertad del reo o le impone especiales prestaciones; cual todas las privativas de libertad y la de trabajos forzados” (Cabanellas, 2002, p. 300).

**Pensión alimenticia:** “...Cantidad que, por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, ha de pasar una persona a otro, a su representante legal, a fin de que pueda alimentarse y cumplir otros fines esenciales de la existencia o especialmente dispuestos” (Cabanellas, 2002, p. 301).

### III. Método

#### 3.1. Tipo de Investigación

Se aplicará la investigación sustantiva, que se define como: "...aquella que trata de responder a los problemas teóricos o sustantivos, está orientada, a describir, explicar, predecir o retrodecir la realidad, con lo cual se va en búsqueda de principios y leyes generales que permitan organizar una teoría científica". (Sánchez y Reyes, 2009, 38).

El nivel de la investigación sustantiva, será de una investigación descriptiva, la cual: "Está orientada al conocimiento de la realidad tal como se presenta en una situación espacio-temporal dada. Responde a las interrogantes: ¿Cómo es o cómo se presenta el fenómeno X? ¿Cuáles son las características actuales del fenómeno X?". (Sánchez y Reyes, 2009, 38).

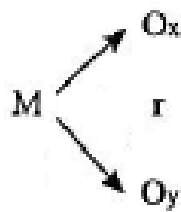
El diseño de la investigación, será de una investigación correlacional, la cual: "...se orienta a la determinación del grado de relación existente entre dos o más variables de interés en una misma muestra de sujetos o el grado de relación existente entre dos fenómenos o eventos observados". (Sánchez y Reyes, 2009, 105).

Asimismo, se tiene que: "Cuando se trata de una muestra de sujetos, el investigador observa la presencia o ausencia de las variables que desea relacionar y luego las relaciona por medio de la técnica estadística de análisis de correlación". (Sánchez y Reyes, 2009, 105).

Ahora, en el campo de las Ciencias Sociales: "...el investigador observará el momento en que aparece un determinado fenómeno, y qué otras circunstancias se presentan también de manera contemporánea para así poder determinar la posible relación existente entre dichos eventos". (Sánchez y Reyes, 2009, 105).

Y es que: “Este tipo de estudio nos permite afirmar en qué medida las variaciones en una variable o evento están asociadas con las variaciones en la otra u otras variables o eventos”. (Sánchez y Reyes, 2009, 105).

Diagrama (Sánchez y Reyes, 2009, 106).



Donde:

**M** : Es la muestra en la que se realiza el estudio.

**O<sub>x</sub> y O<sub>y</sub>** : Indican las observaciones obtenidas en 2 variables distintas (x, y).

**r** : Hace mención a la posible relación existente entre las variables estudiadas.

## 3.2. Población y Muestra

### 3.2.1. Población

La población de estudio está conformada por:

376 alimentistas, de los 376 casos penales por el delito de omisión de prestación de alimentos en los que se expidió sentencia condenatoria en la Corte Superior de Justicia del Santa, en el año 2016.

### 3.2.2. Muestra

Se trabajará con el muestreo probabilístico aleatorio al azar (Sánchez y Reyes, 2009).

Para ello, se aplicó la fórmula:

$$n = \frac{z^2(p \cdot q)}{e^2 + \frac{z^2(p \cdot q)}{N}}$$

Donde:

**n**= Tamaño de la muestra

**z**= Nivel de confianza deseado

**p**=Proporción de la población con la característica deseada (éxito)

**q**=Proporción de la población sin la característica deseada (fracaso)

**N**=Tamaño de la población

Se asumió como margen de error 5%, con un nivel de confianza del 95%, obteniéndose, como muestra: 191 alimentistas.

## 3.3. Operacionalización de las Variables

### 3.3.1. Variables

#### Variable correlacional:

Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios.

**Variable correlacional:**

Prestación de alimentos a los alimentistas.

**3.3.2. Operacionalización****Tabla 4**

*Operacionalización de las variables*

<b>Variab</b>	<b>Definición operacional</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Indicadores</b>
<b>Variable correlacional</b>	<b>Definición operacional</b>		<b>Indicadores</b>
Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Implica la reclusión en un establecimiento penitenciario de un ciudadano, como consecuencia de haber sido sentenciado por la comisión del delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. El deudor alimentario, incumplió con su deber de pasar alimentos.</li> <li>2. Ante el incumplimiento del deudor alimentario, lo demandó ante el Poder Judicial, donde se dispuso que pague una pensión de alimentos mensual.</li> <li>3. El deudor alimentario, luego de haber sido requerido para el pago de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, también incumplió su pago.</li> <li>4. Ante el incumplimiento por parte del deudor alimentario de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, se le procesó penamente.</li> <li>5. El deudor alimentario, fue condenado por haber incumplido el pago de las</li> </ol>

			<p>pensiones alimenticias mensuales fijadas.</p> <p>6. El deudor alimentario fue capturado e ingresó al penal para que cumpla su pena (sea porque fue sentenciado a pena efectiva desde la sentencia, o porque se le impuso una condena suspendida, que fue posteriormente revocada).</p> <p>7. El deudor alimentario, cumplió el tiempo de su pena en el penal.</p>
<p><b>Variable correlacional</b></p> <p>Prestación de alimentos a los alimentistas</p>	<p><b>Definición operacional</b></p> <p>Implica que los alimentistas, titulares de este derecho, reciben de parte del deudor alimentario, directamente los conceptos que conforman los alimentos, o indirectamente, las pensiones alimenticias para su satisfacción.</p>	<p><b>Dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente</b></p> <p>La prestación de alimentos a los alimentistas, se manifiesta en primer lugar, en el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le impuso la pena privativa de libertad al deudor alimentario.</p>	<p><b>Indicador</b></p> <p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas del proceso penal.</p>
		<p><b>Dimensión: Pago de las otras</b></p>	<p><b>Indicador</b></p>



		<p><b>pensiones alimenticias en el proceso civil</b></p> <p>La prestación de alimentos a los alimentistas, se manifiesta se manifiesta en segundo lugar, en el pago de las otras pensiones alimenticias que se liquidan en el proceso civil.</p>	<p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas en el proceso civil.</p>
		<p><b>Dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas</b></p> <p>La prestación de alimentos a los alimentistas, se manifiesta se manifiesta en tercer lugar, en el paso directo por parte del deudor alimentario, de alimentos a los alimentistas, como consecuencia de su obligación.</p>	<p><b>Indicador</b></p> <p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con pasar alimentos directamente.</p>

### 3.4. Instrumentos

#### 3.4.1. *Los Instrumentos de Recolección de Datos*

Para el trabajo de investigación utilizaremos la técnica de la encuesta. Para medir la relación entre las variables (X): Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (Y): Prestación de alimentos a los alimentistas.

#### Ficha técnica

<b>Nombre</b>	: Encuesta para medir la relación entre las variables aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa por el periodo 2016.
<b>Autor</b>	: Freddy Jovaldo Rojas Sánchez
<b>Objetivos</b>	: Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
<b>Características</b>	: Se trata de una encuesta anónima, que cuenta con datos generales, para identificar sexo y condición, así como 10 preguntas que permiten verificar la presencia de las variables.
<b>Tiempo</b>	: 5 minutos aproximadamente.

#### 3.4.2. *Pruebas de Análisis de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos*

Para determinar la validez y confiabilidad de los instrumentos, se aplicó el juicio de expertos.

### 3.5. Procedimientos

Para probar la hipótesis general y las hipótesis específicas, se siguió el siguiente procedimiento:

- En primer lugar, se delimitó la población en estudio, conformada por los 376 alimentistas, de los 376 casos penales por el delito de omisión de prestación de alimentos en los que se expidió sentencia condenatoria en la Corte Superior de Justicia del Santa, en el año 2016.
- En segundo lugar, se delimitó la muestra de la población, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$n = \frac{z^2(p \cdot q)}{e^2 + \frac{z^2(p \cdot q)}{N}}$$

Donde:

**n**= Tamaño de la muestra

**z**= Nivel de confianza deseado

**p**=Proporción de la población con la característica deseada (éxito)

**q**=Proporción de la población sin la característica deseada (fracaso)

**N**=Tamaño de la población

Y asimismo, asumiéndose como margen de error, el 5%, y como nivel de confianza, el 95%. Con ello, se calculó como muestra de la investigación, a 191 alimentistas, escogidos de forma aleatoria.

- En tercer lugar, se aplicó la técnica de la encuesta, para recolectar datos que permitan verificar la presencia de las variables en estudio en la muestra, la cual fue previamente aprobada mediante juicio de expertos.

Conforme a la encuesta, los valores sobre las variables que podían verificarse fueron los siguientes.

**Tabla 5**

*Valores de la encuesta*

Variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Variable: Prestación de alimentos a los alimentistas		
	Pagó de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente	Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil	Prestación directa de alimentos a los alimentistas
(1) Totalmente en desacuerdo (2) En desacuerdo (3) De acuerdo (4) Totalmente de acuerdo	(1) Totalmente en desacuerdo (2) En desacuerdo (3) De acuerdo (4) Totalmente de acuerdo	(1) Totalmente en desacuerdo (2) En desacuerdo (3) De acuerdo (4) Totalmente de acuerdo	(1) Totalmente en desacuerdo (2) En desacuerdo (3) De acuerdo (4) Totalmente de acuerdo

- En cuarto lugar, recogidos los resultados, se ingresaron al software SPSS, estando dicho sistema diseñado para trabajar con la información ingresada, proporcionando resultados a través de tablas y figuras.

- En quinto lugar, empleando el software SPSS, se obtuvieron los resultados sobre las frecuencias de los valores de las variables, y además, se aplicaron pruebas de normalidad para verificar si estas tenían una distribución normal, a efectos de poder aplicar pruebas estadísticas paramétricas, o no paramétricas si es que no tenían una distribución normal, verificándose así, que los valores de las variables no tenían una distribución normal.
- En sexto lugar, apreciándose que los valores de las variables no tenían una distribución normal, también empleando el software SPSS, se aplicó la prueba estadística no paramétrica del coeficiente de Spearman, obteniéndose resultados que se mostraron en tablas sobre la correlación existente entre las variables.
- En estas tablas hay varios elementos que se pueden analizar, sin embargo, el más importante, fue el sentido y grado de la correlación entre las variables, con lo cual pudo probarse las hipótesis.

### **3.6. Análisis de Datos**

Se aplicará el programa estadístico SPSS, versión 24, con la finalidad de probar las hipótesis planteadas, y se hará uso de los estadísticos descriptivos, según se requiera, luego se aplicará la prueba de normalidad de Kolmogorov Smirnov, y después, el coeficiente de correlación de Spearman.

## IV. Resultados

### 4.1. Resultados Descriptivos de las Variables

#### 4.1.1. Resumen de los Datos Relativos a los Resultados

**Tabla 6**

*Planteamiento de las encuestas aplicadas*

Población	Muestra	Técnica	Variables	Dimensiones
376 alimentistas, de los 376 casos penales por el delito de omisión de prestación de alimentos en los que se expidió sentencia condenatoria en la Corte Superior de Justicia del Santa, en el año 2016.	<p>Se aplicó la fórmula:</p> $n = \frac{z^2(p \cdot q)}{e^2 + \frac{z^2(p \cdot q)}{N}}$ <p>Donde:</p> <p><b>n</b>= Tamaño de la muestra</p> <p><b>z</b>= Nivel de confianza deseado</p> <p><b>p</b>=Proporción de la población con la característica deseada (éxito)</p> <p><b>q</b>=Proporción de la población sin la característica deseada (fracaso)</p> <p><b>N</b>=Tamaño de la población</p> <p>Se asumió como margen de error 5%, con un nivel de confianza del 95%, obteniéndose, como muestra: <b>191</b>.</p>	Sobre la muestra de 191 alimentistas, se aplicó la técnica de la encuesta, para efectos de verificar la concurrencia de las variables en estudio.	<p>Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios</p> <hr/> <p>Prestación de alimentos a los alimentistas</p> <hr/> <p>Pagó de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente</p> <hr/> <p>Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil</p> <hr/> <p>Prestación directa de alimentos a los alimentistas</p>	

*Nota.* En la presente tabla, se presenta a modo de resumen el planteamiento de las encuestas aplicadas: la población materia de estudio, la muestra determinada, la técnica empleada para la obtención de los resultados y las variables y dimensiones que se esperaron encontrar.

**Tabla 7**

*Resultados de las encuestas aplicadas*

Variables				Prestación de alimentos a los alimentistas		
				Pagó de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente	Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil	Prestación directa de alimentos a los alimentistas
	Valores					
Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	TED	132	TED	21	39	116
			ED	7	3	
			DA	13	12	16
			TDA	81	78	
	ED					
	DA					
	TDA	59	TED	23	53	59
			ED	3	4	
			DA	2	2	
			TDA	21		

*Nota.* En la presente tabla, se muestra a modo de resumen, los resultados de la encuesta aplicada, con los valores respectivos sobre las variables y dimensiones en estudio, los

cuales son: 1) totalmente en desacuerdo (TED); 2) en desacuerdo (ED); 3) de acuerdo (DA); 4) totalmente de acuerdo (TDA).

#### 4.1.2. Tablas de Frecuencias

**Tabla 8**

*Estadísticos*

	Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario	Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil	Prestación directa de alimentos a los alimentistas	Prestación de alimentos a los alimentistas
N Válido	191	191	191	191	191
Perdidos	0	0	0	0	0
Media	1,93	2,97	2,42	1,17	2,31
Error estándar de la media	,101	,096	,103	,040	,061
Mediana	1,00	4,00	2,00	1,00	2,00
Moda	1	4	1	1	3
Desviación estándar	1,390	1,333	1,427	,556	,843
P{Varianza	1,931	1,778	2,035	,309	,711

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, sobre las unidades de la muestra válidas, perdidas, la media, el error estándar de la media, la mediana, la moda, la desviación estándar y la varianza, correspondiente a cada una de las variables: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, esta última,



además, con sus tres dimensiones: a) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penamente al deudor alimentario; b) Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; c) Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

**Tabla 9**

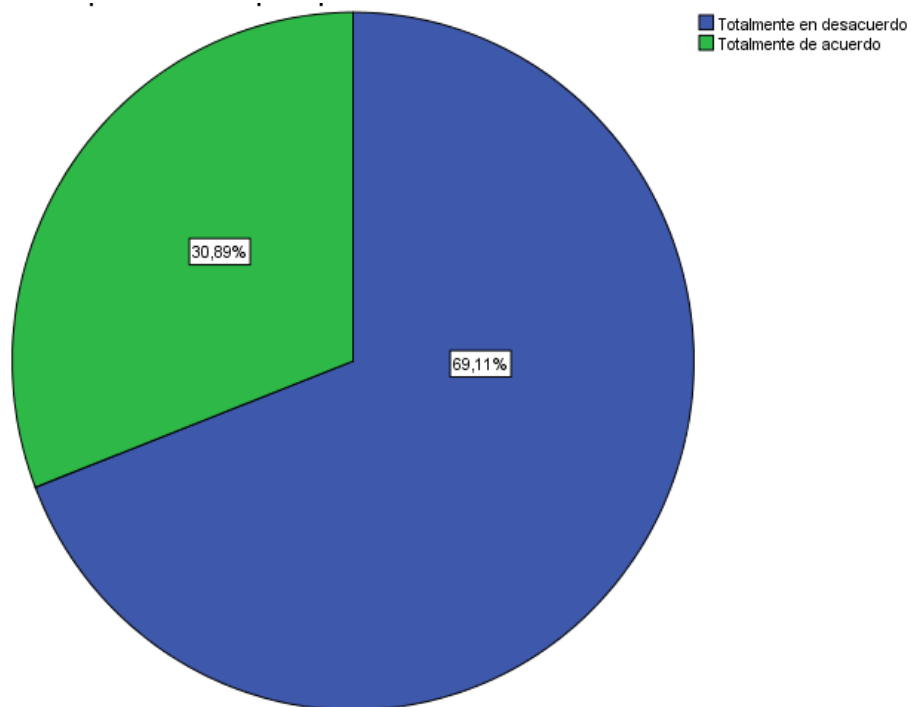
*Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	132	69,1	69,1	69,1
	Totalmente de acuerdo	59	30,9	30,9	100,0
	Total	191	100,0	100,0	

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios.

**Figura 1**

*Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios.

**Tabla 10**

*Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario*

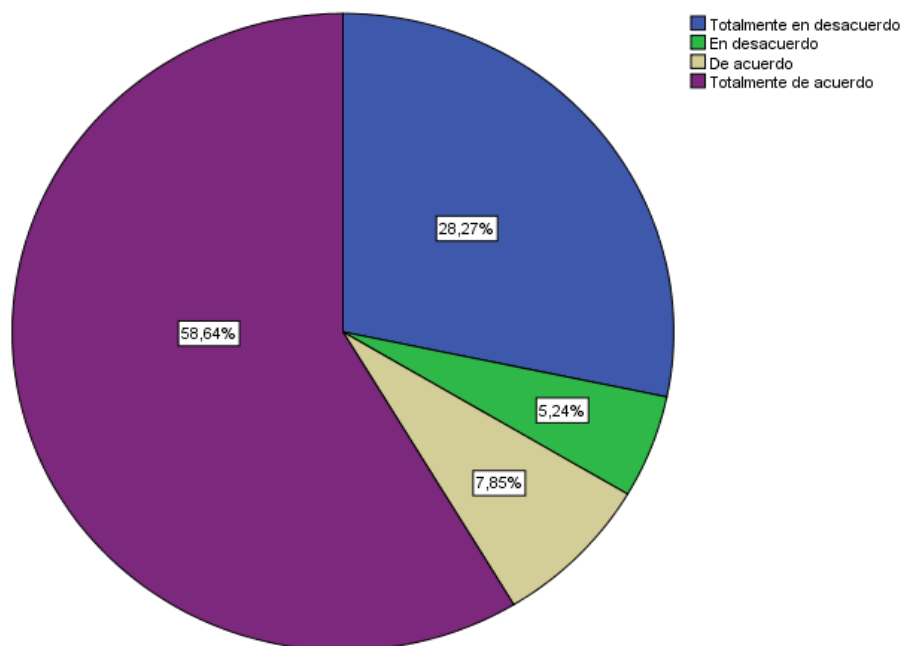
		Frecuencia	Porcentaj e	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	54	28,3	28,3	28,3
	En desacuerdo	10	5,2	5,2	33,5
	De acuerdo	15	7,9	7,9	41,4

Totalmente de acuerdo	112	58,6	58,6	100,0
Total	191	100,0	100,0	

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

## Figura 2

*Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

**Tabla 11**

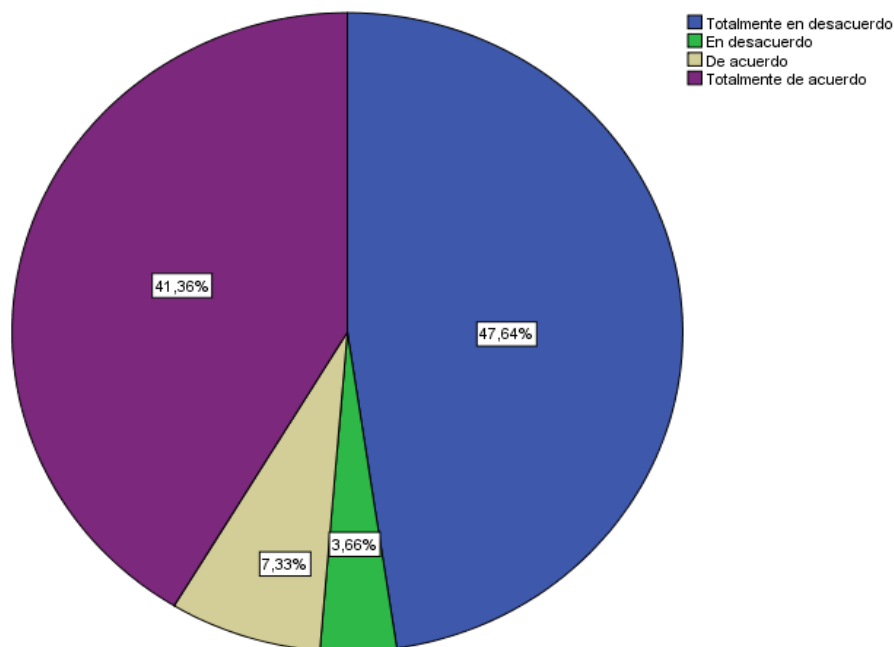
*Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	91	47,6	47,6	47,6
	En desacuerdo	7	3,7	3,7	51,3
	De acuerdo	14	7,3	7,3	58,6
	Totalmente de acuerdo	79	41,4	41,4	100,0
	Total	191	100,0	100,0	

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

**Figura 3**

*Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

**Tabla 12**

*Prestación directa de alimentos a los alimentistas*

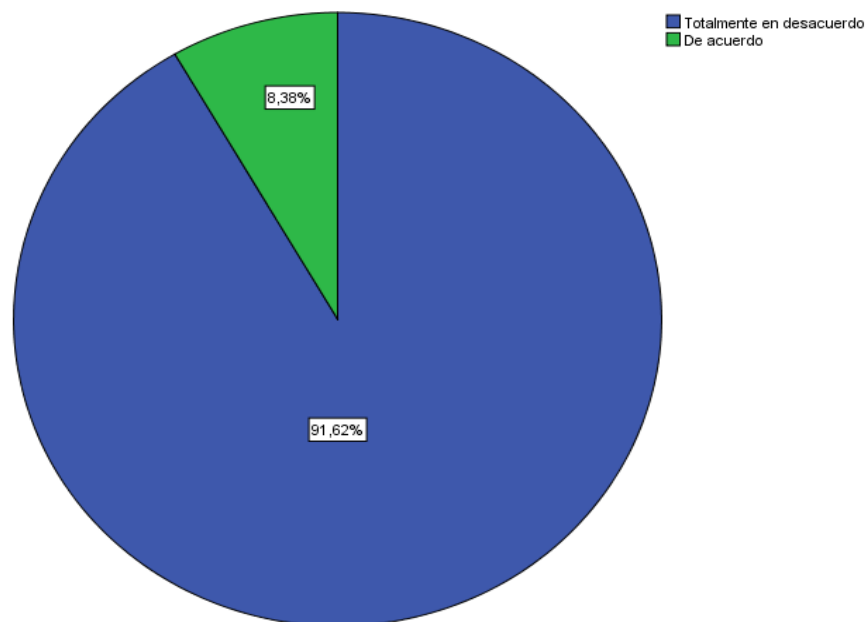
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	175	91,6	91,6	91,6
	De acuerdo	16	8,4	8,4	100,0
	Total	191	100,0	100,0	

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la

encuesta (totalmente en desacuerdo y de acuerdo) respecto a la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

#### **Figura 4**

*Prestación directa de alimentos a los alimentistas*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo y de acuerdo) respecto a la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

#### **Tabla 13**

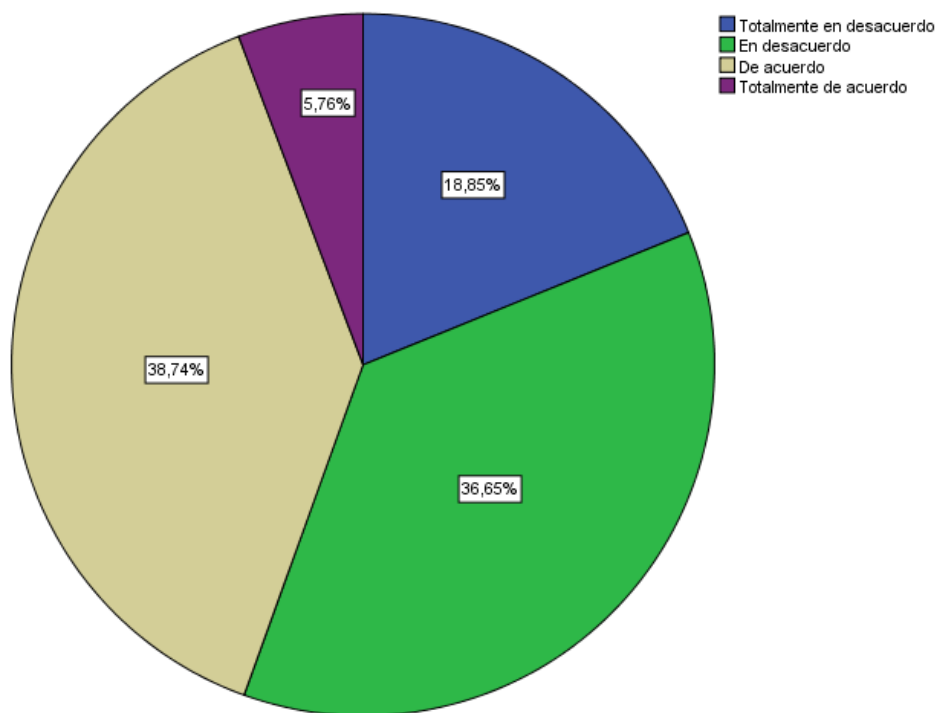
*Prestación de alimentos a los alimentistas*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Totalmente en desacuerdo	36	18,8	18,8	18,8
	En desacuerdo	70	36,6	36,6	55,5
	De acuerdo	74	38,7	38,7	94,2
	Totalmente de acuerdo	11	5,8	5,8	100,0
	Total	191	100,0	100,0	

*Nota.* En la presente tabla, se pueden apreciar los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, que se ha obtenido, de la suma de los valores de sus tres dimensiones vistas precedentemente.

### Figura 5

*Pago de alimentos a los alimentistas*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual los resultados estadísticos obtenidos con el análisis del software SPSS, de las frecuencias y porcentajes de los valores obtenidos con la encuesta (totalmente en desacuerdo, en desacuerdo, de acuerdo y totalmente de acuerdo) respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, que se ha obtenido, de la suma de los valores de sus tres dimensiones vistas precedentemente.

#### **4.1.3. Pruebas de Normalidad**

Para establecer la relación que existe entre las variables: (1) Aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, que son de tipo cualitativo, se planteó hacerlo a través de las distintas pruebas estadísticas con las que se cuenta en la literatura, pero previo a ello, se realizaron pruebas de normalidad para verificar si las variables se comportan de forma normal, lo cual es necesario para establecer qué tipos de pruebas estadísticas se puede aplicar: (1) Paramétricas y (2) No paramétricas.

Para ello, también se utilizó el software estadístico SPSS, y en específico, la prueba de Kolmogorov-Smirnov, cuando los datos son mayores que 50, dado que se tiene una muestra de 191 sujetos.

Acorde con esta prueba, se plantearon las siguientes hipótesis nulas y alternativas respecto a las variables:

#### **Hipótesis estadísticas nulas y alternativas**

Respecto a la variable: Aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios
--



**H<sub>0</sub>:** La variable aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, no tiene una distribución normal.

**H<sub>1</sub>:** La variable aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, tiene una distribución normal.

Respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, en su primera dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

**H<sub>0</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su primera dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario, no tiene una distribución normal.

**H<sub>1</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su primera dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario, tiene una distribución normal.

Respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, en su segunda dimensión: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

**H<sub>0</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su segunda dimensión: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, no tiene una distribución normal.

**H<sub>1</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su segunda dimensión: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, tiene una distribución normal.

Respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, en su tercera dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

**H<sub>0</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su tercera dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas, no tiene una distribución normal.

**H<sub>1</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su tercera dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas, tiene una distribución normal.

Respecto a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de los valores de sus dimensiones.

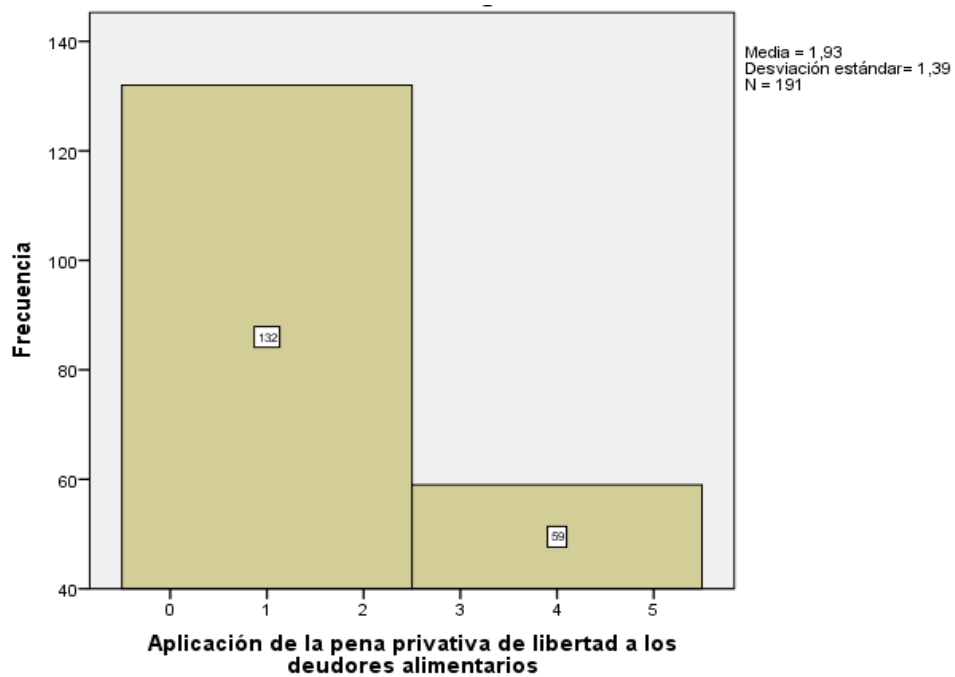
**H<sub>0</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de los valores de sus dimensiones, no tiene una distribución normal.

**H<sub>1</sub>:** La variable prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de los valores de sus dimensiones, tiene una distribución normal.

Ahora, de la aplicación de las pruebas de normalidad con el software SPSS, se obtuvieron los siguientes resultados.

### **Figura 6**

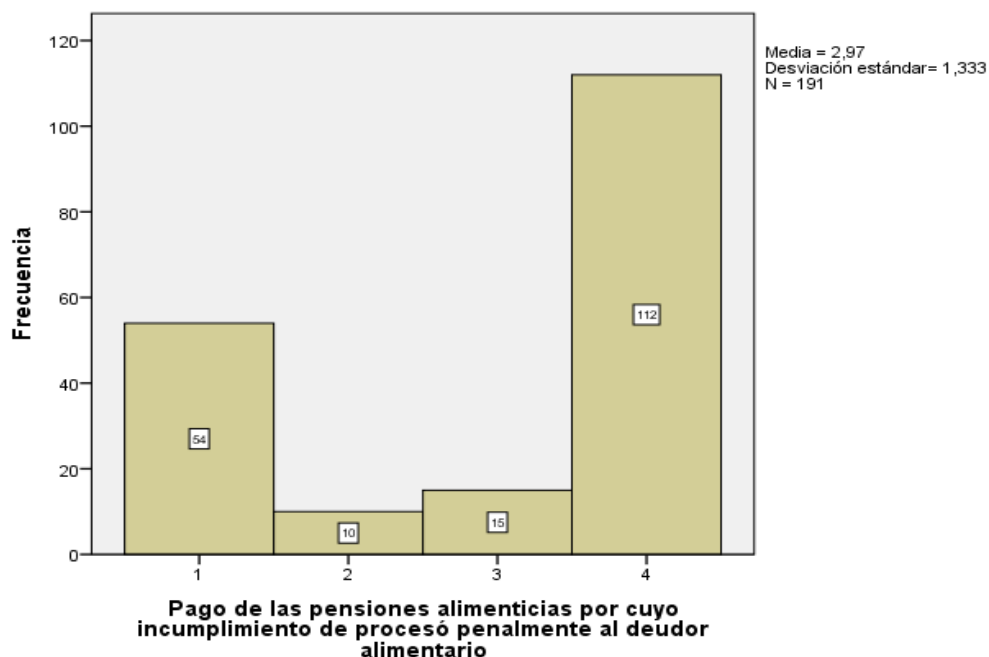
*Histograma de la prueba de normalidad de la variable aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, a través de su histograma, que no hay normalidad en la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, puesto que no se aprecia una distribución normal, denominada también, distribución de Gauss.

### **Figura 7**

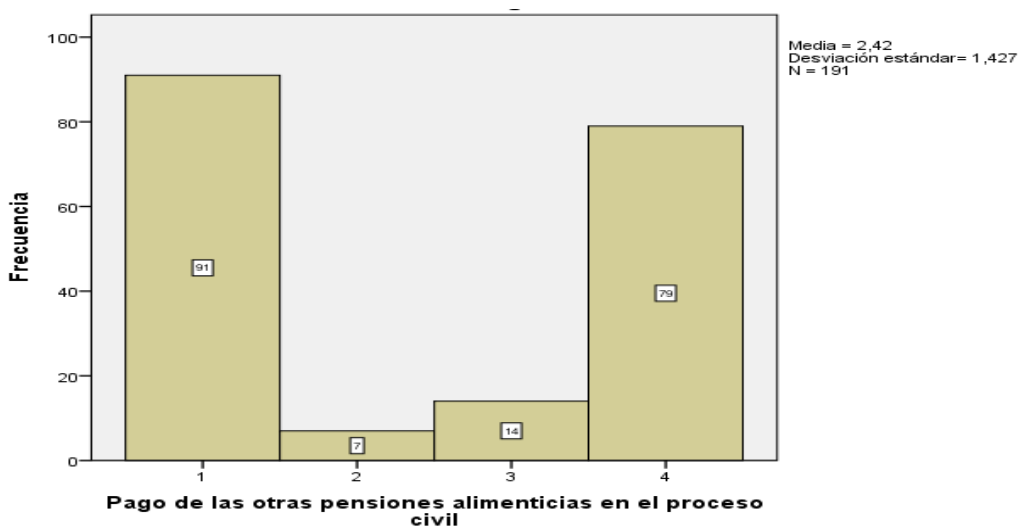
*Histograma de la prueba de normalidad de la variable pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, a través de su histograma, que no hay normalidad en la variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su primera dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario, puesto que no se aprecia una distribución normal, denominada también, distribución de Gauss.

### **Figura 8**

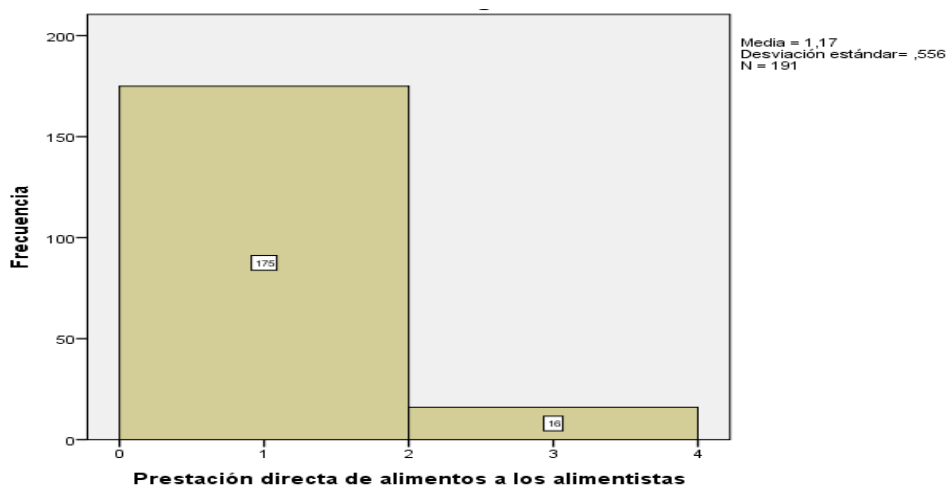
*Histograma de la prueba de normalidad de la variable pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, a través de su histograma, que no hay normalidad en la variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su segunda dimensión: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, puesto que no se aprecia una distribución normal, denominada también, distribución de Gauss.

### Figura 9

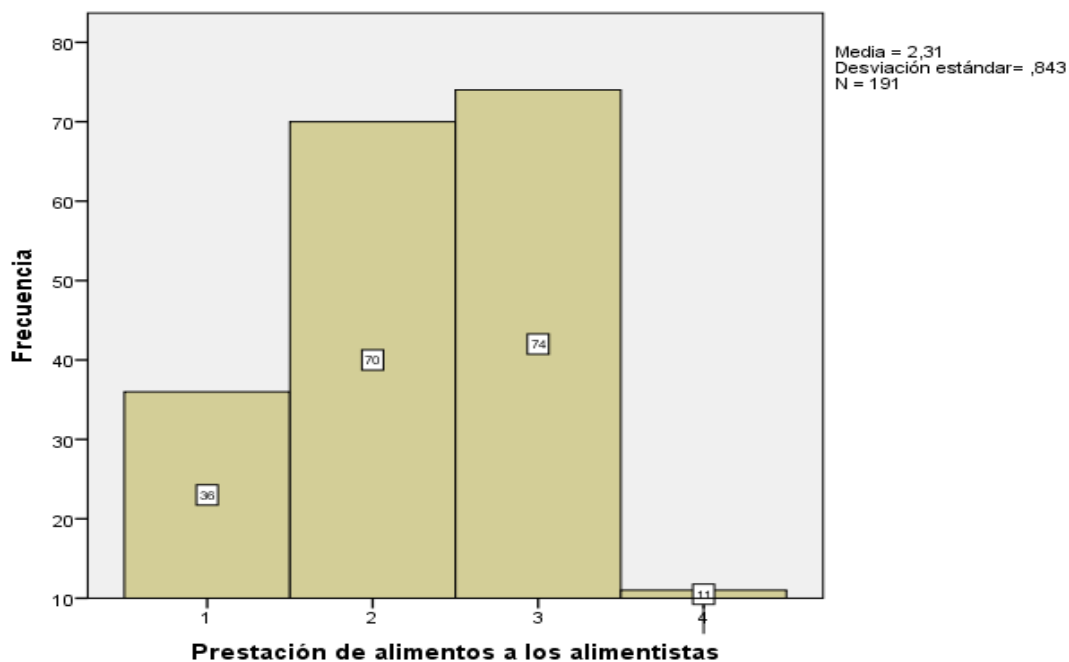
*Histograma de la prueba de normalidad de la variable prestación directa de alimentos a los alimentistas*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, a través de su histograma, que no hay normalidad en la variable prestación de alimentos a los alimentistas, en su tercera dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas, puesto que no se aprecia una distribución normal, denominada también, distribución de Gauss.

### Figura 10

*Histograma de la prueba de normalidad de la variable prestación de alimentos a los alimentistas*



*Nota.* En la presente figura, se pueden apreciar de forma visual, a través de su histograma, que no hay normalidad en la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de sus dimensiones, puesto que no se aprecia una distribución normal, denominada también, distribución de Gauss.

**Tabla 14***Pruebas de normalidad*

	Kolmogorov-Smirnov <sup>a</sup>			Shapiro-Wilk		
	Estadístico	Gl	Sig.	Estadístico	gl	Sig.
Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	,439	191	,000	,581	191	,000
Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil	,317	191	,000	,695	191	,000
Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario	,367	191	,000	,674	191	,000
Prestación directa de alimentos a los alimentistas	,535	191	,000	,309	191	,000
Prestación de alimentos a los alimentistas	,237	191	,000	,861	191	,000

*Nota.* Como puede verse de esta tabla en la que se aplican las pruebas de normalidad a través del software estadístico SPSS, se encuentran los resultados de la aplicación de las pruebas de Kolmogorov-Smirnov y Shapiro-Wilk, siendo que estando a que nuestra población es mayor de 50 datos, la prueba adecuada a evaluar, es la primera.

Conforme a los resultados de la prueba de Kolmogorov-Smirnov, la significancia que tienen todas las variables y dimensiones, es menor a 0,05, lo que lleva a que no puedan comprobarse las hipótesis alternativas sobre la normalidad de las variables, teniendo que

aceptarse por el contrario, las hipótesis nulas: que las variables no tienen una distribución normal.

Estando a que como puede verse del análisis de normalidad con la prueba de Kolmogorov-Smirnov, así como de las respectivas figuras, las variables no son normales; para determinar la correlación entre ellas, no pueden emplearse pruebas estadísticas paramétricas, sino no paramétricas, siendo por ello, que para probar la hipótesis, se ha empleado el coeficiente de correlación de Spearman, como se detalla a continuación.

#### ***4.1.4. Prueba de las Hipótesis***

Para aplicar el coeficiente de correlación de Spearman con el software SPSS, previamente, se plantearon las hipótesis estadísticas nulas y alternativas acorde al planteamiento de la investigación, conforme se detalla a continuación.

##### **Hipótesis estadísticas nulas y alternativas**

Respecto a la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, en relación con: (2) la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

**H<sub>0</sub>:** No existe relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.



**H<sub>1</sub>:** Existe una relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

Respecto a la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, en relación con: (2) la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

**H<sub>0</sub>:** No existe relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

**H<sub>1</sub>:** Existe una relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

Respecto a la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, en relación con: (2) la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

**H<sub>0</sub>:** No existe relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

**H<sub>1</sub>:** Existe una relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

Respecto a la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, en relación con la variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de sus dimensiones.

**H<sub>0</sub>:** No existe relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de sus dimensiones.

**H<sub>1</sub>:** Existe una relación significativa entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de sus dimensiones.

Con el planteamiento de estas hipótesis, se aplicó el coeficiente de correlación de Spearman con el software SPSS, obteniéndose los siguientes resultados.

**Tabla 15**

*Correlación entre (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario*

			Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario
Rho de Spearman	Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Coeficiente de correlación	1,000	-,371**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	191	191
	Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario	Coeficiente de correlación	-,371**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	191	191

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

*Nota.* Mediante la presente tabla, se muestra la aplicación del coeficiente de correlación de Spearman de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con (2) la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se

procesó penalmente al deudor alimentario. Siendo el coeficiente de correlación obtenido de -0,371.

Como puede apreciarse, el coeficiente de correlación obtenido fue de -0,371, lo cual determina, en primer término, que al ser este valor mayor a -0,05, se rechaza la hipótesis nula, aceptándose por lo tanto, la hipótesis alternativa, pudiendo afirmarse, que en efecto existe correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

Ahora, en segundo término, se interpreta la significancia de esta correlación conforme a la siguiente tabla de valoración:

**Tabla 16**

*Grados de relación según coeficiente de correlación obtenido*

<b>RANGO</b>	<b>RELACIÓN</b>
-0.91 a -1.00	Correlación negativa perfecta
-0.76 a -0.90	Correlación negativa muy fuerte
-0.51 a -0.75	Correlación negativa considerable
-0.11 a -0.50	Correlación negativa media
-0.01 a -0.10	Correlación negativa débil
0.00	No existe correlación
+0.01 a +0.10	Correlación positiva débil
+0.11 a +0.50	Correlación positiva media
+0.51 a +0.75	Correlación positiva considerable
+0.76 a +0.90	Correlación positiva muy fuerte
+0.91 a +1.00	Correlación positiva perfecta

*Nota.* Obtenido de Mondragón (2014).

Estando a la referida tabla, lo primero que se interpreta, es el sentido de la correlación, siendo que al ser negativo el coeficiente de correlación obtenido, indica que la correlación entre las variables es negativa o inversa, lo que significa, que cuando mayor es la presencia de una variable, menor es la presencia de la otra; para el caso en específico, esto implica que cuanto mayor ha sido en la muestra la presencia de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, tanto menor ha sido la presencia de la otra: (2) la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario.

Y finalmente, se califica el grado de relación negativo entre estas 2 variables, conforme a la tabla de valoración precedente, que al ser el coeficiente obtenido de  $-0,371$ , está dentro del rango de una correlación negativa media (de  $-0,11$  a  $-0,50$ ), por lo que pueda afirmarse, que **la correlación es negativa y media.**

**Tabla 17**

*Correlación entre (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y (2) Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil*

		Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil
Aplicación de la pena privativa de	Coeficiente de correlación	1,000	-,574**

Rho de Spearman	libertad a los deudores alimentarios	Sig. (bilateral)	.	,000
		N	191	191
	Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil	Coefficiente de correlación	-,574**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	191	191

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

*Nota.* Mediante la presente tabla, se muestra la aplicación del coeficiente de Spearman de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con (2) la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil. Siendo el coeficiente de correlación obtenido de -0,574.

Como puede apreciarse, el coeficiente de correlación obtenido fue de -0,574, lo cual determina, en primer término, que al ser este valor mayor a -0,05, se rechaza la hipótesis nula, aceptándose por lo tanto, la hipótesis alternativa, pudiendo afirmarse, que en efecto existe correlación entre las variables: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

Ahora, en segundo término, conforme a la tabla de valoración antes referida, se interpreta el sentido de la correlación, siendo que al ser negativo el coeficiente de correlación obtenido, indica que la correlación entre las variables es negativa o inversa, lo que significa, que cuando mayor es la presencia de una variable, menor es la presencia de la otra; para el caso en específico, esto implica que cuanto mayor ha sido en la muestra la presencia de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, tanto

menor ha sido la presencia de la otra: (2) la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

Y finalmente, se califica el grado de relación negativo entre estas 2 variables, conforme a la tabla de valoración precedente, que al ser el coeficiente obtenido de  $-0,574$ , está dentro del rango de una correlación negativa considerable (de  $-0,51$  a  $-0,75$ ), por lo que pueda afirmarse, que **la correlación es negativa y considerable**.

**Tabla 18**

*Correlación entre (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) Prestación directa de alimentos a los alimentistas*

			Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Prestación directa de alimentos a los alimentistas
Rho de Spearman	Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Coeficiente de correlación	1,000	-,202**
		Sig. (bilateral)	.	,005
		N	191	191
	Prestación directa de alimentos a los alimentistas	Coeficiente de correlación	-,202**	1,000
		Sig. (bilateral)	,005	.
		N	191	191

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

*Nota.* Mediante la presente tabla, se muestra la aplicación del coeficiente de Spearman de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con (2)

la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Prestación directa de alimentos a los alimentistas. Siendo el coeficiente de correlación obtenido de -0,202.

Como puede apreciarse, el coeficiente de correlación obtenido fue de -0,202, lo cual determina, en primer término, que al ser este valor mayor a -0,05, se rechaza la hipótesis nula, aceptándose por lo tanto, la hipótesis alternativa, pudiendo afirmarse, que en efecto existe correlación entre las variables: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

Ahora, en segundo término, conforme a la tabla de valoración antes referida, se interpreta el sentido de la correlación, siendo que al ser negativo el coeficiente de correlación obtenido, indica que la correlación entre las variables es negativa o inversa, lo que significa, que cuando mayor es la presencia de una variable, menor es la presencia de la otra; para el caso en específico, esto implica que cuanto mayor ha sido en la muestra la presencia de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, tanto menor ha sido la presencia de la otra: (2) la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

Y finalmente, se califica el grado de relación negativo entre estas 2 variables, conforme a la tabla de valoración precedente, que al ser el coeficiente obtenido de -0,202, está dentro del rango de una correlación negativa media (de -0,11 a -0,50), por lo que pueda afirmarse, que **la correlación es negativa y media.**



**Tabla 19**

*Correlación entre (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) Prestación de alimentos a los alimentistas*

			Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Prestación de alimentos a los alimentistas
Rho de Spearman	Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios	Coeficiente de correlación	1,000	-,604**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	191	191
	Prestación de alimentos a los alimentistas	Coeficiente de correlación	-,604**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	191	191

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

*Nota.* Mediante la presente tabla, se muestra la aplicación del coeficiente de Spearman de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con la variable (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, que comprende la suma de los valores de sus dimensiones vistas anteriormente sus correlaciones de modo individual. Siendo el coeficiente de correlación obtenido de -0,604.

Como puede apreciarse, el coeficiente de correlación obtenido fue de -0,604, lo cual determina, en primer término, que al ser este valor mayor a -0,05, se rechaza la hipótesis nula, aceptándose por lo tanto, la hipótesis alternativa, pudiendo afirmarse, que en efecto

existe correlación entre las variables: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) Prestación de alimentos a los alimentistas.

Ahora, en segundo término, conforme a la tabla de valoración antes referida, se interpreta el sentido de la correlación, siendo que al ser negativo el coeficiente de correlación obtenido, indica que la correlación entre las variables es negativa o inversa, lo que significa, que cuando mayor es la presencia de una variable, menor es la presencia de la otra; para el caso en específico, esto implica que cuanto mayor ha sido en la muestra la presencia de la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, tanto menor ha sido la presencia de la otra: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas.

Y finalmente, se califica el grado de relación negativo entre estas 2 variables, conforme a la tabla de valoración precedente, que al ser el coeficiente obtenido de  $-0,604$ , está dentro del rango de una correlación negativa considerable (de  $-0,51$  a  $-0,75$ ), por lo que pueda afirmarse, que **la correlación entre las variables es negativa y considerable**.

Con estos resultados, se prueba en efecto las hipótesis planteadas en la presente investigación, conforme puede verse de la Tabla 20:

**Tabla 20**

*Hipótesis y resultados*

<b>Hipótesis</b>	<b>Resultados</b>
<b>Específica 1</b>	<b>Resultado 1</b>
Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó	Hay una correlación negativa media entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios (presencia de la variable en mayor número de casos) y el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó

penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.	penalmente (presencia de la variable en menor número de casos), en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
<b>Específica 2</b>	<b>Resultado 2</b>
Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.	Hay una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios (presencia de la variable en mayor número de casos) y el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil (presencia de la variable en menor número de casos), en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
<b>Específica 3</b>	<b>Resultado 3</b>
Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.	Hay una correlación negativa media entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios (presencia de la variable en mayor número de casos) y el cumplimiento de prestar directamente alimentos (presencia de la variable en menor número de casos), en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.
<b>General</b>	<b>Resultado general</b>
Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.	Hay una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios (presencia de la variable en mayor número de casos) y la prestación de alimentos a los alimentistas (presencia de la variable en menor número de casos) en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

## V. Discusión de Resultados

### 5.1. Sobre los resultados de la encuesta

Conforme se muestra en la Tabla 6, se delimitó que la población materia de la investigación sería los agraviados de los casos por el delito de omisión de prestación de alimentos en la Corte Superior de Justicia del Santa; delimitándose también, por la gran cantidad de casos, que la investigación sería únicamente respecto a los casos del periodo 2016, no esperándose encontrar diferencias relevantes en cuanto a los periodos anteriores, en tanto que no se han dado últimamente variaciones en la legislación que se refiere a las variables, si en cambio, no se previó comprender dentro de la población a los casos del periodo 2017, por ser casos recientes en los cuales por el poco tiempo transcurrido, no habría podido darse la oportunidad de darse la variable: aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, o los efectos esperados de la misma respecto a la otra variable: prestación de alimentos a los alimentistas, pues aún podrían haber estado en los plazos previstos para disponer la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena.

Así las cosas, se delimitó como población, a 376 alimentistas correspondientes a los 376 casos, y de ello, se delimitó la muestra, con un margen de error del 5% y un nivel de confianza del 95%, de 191 alimentistas, a efectos de que los resultados, puedan ser generalizados a la población total.

Estando a ello, conforme se muestra en la Tabla 7, de la encuesta aplicada a los 191 alimentistas se obtuvo que: 132 de ellos, contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo respecto a la variable aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios en sus respectivos casos, esto es, que para en vez de una pena privativa de libertad, se aplicaron medidas alternativas, como la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo

condenatorio, conforme lo posibilitan los artículos 57 y 62 del Código Penal, las cuales no llegaron a revocarse. Asimismo, los 59 alimentistas restantes, contestaron con el ítem totalmente de acuerdo respecto a la variable aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios en sus respectivos casos, esto es, que a sus respectivos deudores alimentarios, si se les llegó a aplicar la pena privativa de libertad, tanto porque se les impuso directamente pena efectiva, o porque se les impuso una medida alternativa que fue eventualmente revocada haciéndose efectiva la pena privativa de libertad.

Ahora, respecto a los 132 agraviados en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus respectivos deudores alimentarios, tenemos que:

Respecto a la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente:

- 21 de ellos contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que en el caso de estos 21 alimentistas, no habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, estos no llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.
- Asimismo, 7 de estos alimentistas, contestaron con el ítem en desacuerdo, lo que implica, que de estos 7 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, éstos, aunque con una menor intensidad de estimación, tampoco llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.

- Por otro lado, 13 de estos alimentistas, contestaron con el ítem de acuerdo, lo que implica, que de estos 13 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque con una menor intensidad de estimación, si llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.
- Finalmente, 81 de estos alimentistas, que es la mayoría de ellos, contestaron con el ítem totalmente de acuerdo, lo que implica, que de estos 81 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, éstos si llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales no se aplicó penal privativa de libertad a sus deudores alimentarios, estos si llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, lo cual da cuenta de una aparente relación favorable entre la no presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la presencia de la otra en su primera dimensión: pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.

Respecto a la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil:

- 39 de ellos contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que en el caso de estos 39 alimentistas, no habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, estos no llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.
- Asimismo, 2 de estos alimentistas, contestaron con el ítem en desacuerdo, lo que implica, que de estos 2 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, estos, aunque con una menor intensidad de estimación, tampoco llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.
- Por otro lado, 12 de estos alimentistas, contestaron con el ítem de acuerdo, lo que implica, que de estos 12 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque con una menor intensidad de estimación, si llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.
- Finalmente, 78 de estos alimentistas, que es la mayoría de ellos, contestaron con el ítem totalmente de acuerdo, lo que implica, que de estos 78 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, éstos si llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque en menor medida que la primera dimensión, estos si llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, lo cual

da cuenta también de una aparente relación favorable entre la no presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la presencia de la otra en su segunda dimensión: pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

Respecto a la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: prestación directa de alimentos a los alimentistas:

- 116 de ellos, la gran mayoría, contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que en el caso de estos 116 alimentistas, no habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, no cumplieron con prestar directamente a alimentos a los alimentistas.
- Por otro lado, 16 de estos alimentistas, contestaron con el ítem de acuerdo, lo que implica, que de estos 16 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque con una menor intensidad de estimación, si llegaron a cumplir con prestar directamente a alimentos a los alimentistas.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales no se aplicó penal privativa de libertad a sus deudores alimentarios, en menor medida que las otras dimensiones, estos no llegaron a prestar directamente alimentos a los alimentistas, lo cual no da cuenta de una aparente relación favorable entre la no presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la presencia de la otra en su tercera dimensión: prestación directa de alimentos a los alimentistas.

Por otra parte, respecto a los 59 agraviados en cuyos casos si se aplicó pena privativa de libertad a sus respectivos deudores alimentarios, tenemos que:



Respecto a la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se le procesó penalmente:

- 23 de ellos contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que en el caso de estos 23 alimentistas, habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, estos no llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.
- Asimismo, 3 de estos alimentistas, contestaron con el ítem en desacuerdo, lo que implica, que de estos 3 alimentistas, en cuyos casos si se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, estos, aunque con una menor intensidad de estimación, tampoco llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.
- Por otro lado, 2 de estos alimentistas, contestaron con el ítem de acuerdo, lo que implica, que de estos 2 alimentistas, en cuyos casos si se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque con una menor intensidad de estimación, si llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.
- Finalmente, 21 de estos alimentistas, que es la mayoría de ellos, contestaron con el ítem totalmente de acuerdo, lo que implica, que de estos 21 alimentistas, en cuyos casos no se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, éstos si llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales si se aplicó penal privativa de libertad a sus deudores alimentarios, estos no llegaron a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, lo cual da cuenta de una aparente relación desfavorable entre la presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la no presencia de la otra en su primera dimensión: pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente.

Respecto a la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil:

- 53 de ellos contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que en el caso de estos 53 alimentistas, habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, estos no llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.
- Asimismo, 4 de estos alimentistas, contestaron con el ítem en desacuerdo, lo que implica, que de estos 4 alimentistas, en cuyos casos si se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, estos, aunque con una menor intensidad de estimación, tampoco llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.
- Por otro lado, 2 de estos alimentistas, contestaron con el ítem de acuerdo, lo que implica, que de estos 2 alimentistas, en cuyos casos si se aplicó pena privativa de libertad a sus deudores alimentarios, aunque con una menor intensidad de estimación,

si llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales si se aplicó penal privativa de libertad a sus deudores alimentarios, en mayor medida que la primera dimensión, estos no llegaron a cumplir con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, lo cual da cuenta también de una aparente relación desfavorable entre la presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la no presencia de la otra en su segunda dimensión: pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil.

Respecto a la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: prestación directa de alimentos a los alimentistas:

- 59 de ellos, que es el total, contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, esto es, que habiéndoseles aplicado la pena privativa de libertad efectiva a sus deudores alimentarios, no cumplieron con prestar directamente a alimentos a los alimentistas.

La aparente asociación que se pudo ver reflejada desde ya con estos resultados, es que en la mayoría de casos de los alimentistas en los cuales si se aplicó penal privativa de libertad a sus deudores alimentarios, en mayor medida que las otras dimensiones, estos no llegaron a prestar directamente alimentos a los alimentistas, lo cual no da cuenta de una aparente relación desfavorable entre la presencia de la variable: aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la no presencia de la otra en su tercera dimensión: prestación directa de alimentos a los alimentistas.

## 5.2. Sobre las frecuencias

Ahora, de los resultados obtenidos con los análisis estadísticos con el software SPSS a los datos de la encuesta, conforme a la Tabla 8, se ha calculado los datos válidos, que fueron el total de los 191 alimentistas de la muestra, y sin datos perdidos. Además, se calculó la media respecto a cada variable, el error estándar de la media, la mediana, la moda, la desviación estándar y la varianza.

Asimismo, conforme a las Tablas 9, 10, 11 y 12, y las Figuras 1, 2, 3 y 4, se calcularon las frecuencias y porcentajes de los resultados obtenidos, advirtiéndose relevantemente, que los 132 alimentistas que contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo respecto a la variable: aplicación de la pena privativa de libertad al deudor alimentario, conforman el 69,1 % de toda la muestra, esto es, de los casos en que no se presentó esta variable, mientras que, los 59 alimentistas quienes contestaron totalmente de acuerdo, conforman el 30,9 % de la muestra, esto es, de los casos en que si se presentó la referida variable.

Ahora bien, en cuanto a la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario, 54 contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, conformando el 28,3 % de la muestra; 10 contestaron con el ítem en desacuerdo, conformando el 5,2 % de la muestra; 15 contestaron con el ítem de acuerdo, conformando el 7,9 % de la muestra; mientras que 112 contestaron con el ítem totalmente de acuerdo, conformando el 58,6% de la muestra.

En cuanto a la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, 91 contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, conformando el 47,6 % de la muestra; 7

contestaron con el ítem en desacuerdo, conformando el 3,7 % de la muestra; 14 contestaron con el ítem de acuerdo, conformando el 7,3 % de la muestra; mientras que 79 contestaron con el ítem totalmente de acuerdo, conformando el 41,4% de la muestra.

Y en cuanto a la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, denominada: prestación directa de alimentos a los alimentistas, 175 contestaron con el ítem totalmente en desacuerdo, conformando el 91,6 % de la muestra; mientras que 16 contestaron con el ítem de acuerdo, conformando el 8,4 % de la muestra.

Y finalmente, en cuanto a la totalidad de la variable prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de los datos de sus dimensiones, los que se encuentran dentro del rango totalmente en desacuerdo, conforman el 18,8 % de la muestra; los que se encuentran dentro del rango en desacuerdo, conforman el 36.6 % de la muestra; los que se encuentran dentro del rango en de acuerdo, conforman el 38,7 % de la muestra; y los que se encuentran en el rango totalmente de acuerdo, conforman el 5.8 % de la muestra.

### **5.3. Sobre las pruebas de normalidad**

En cuanto a los resultados sobre la prueba normalidad, se observó que la distribución de los datos sobre las variables no eran normales, conforme pudo, en primer lugar, de las Figuras 6, 7, 8, 9 y 10, lo cual concuerda con la teoría estadística, que sostiene que una de las formas para comprobar la normalidad de la distribución de las variables, es si la gráfica de histogramas presenta una morfología muy parecida a la curva de Gauss (Romero, 2016), lo cual no se dio en el caso de los datos obtenidos.

Y más concretamente, en la Tabla 14, se muestran los resultados estadísticos con las pruebas de normalidad de Kolmogorov –Smirnov y Shapiro-Wilk, de las cuales, por el

tamaño de la muestra que supera 50 datos, empleamos la primera, lo cual también concuerda con la teoría estadística (Romero, 2016).

#### **5.4. Sobre la prueba de las hipótesis**

Ahora, en cuanto a la prueba de prueba de la hipótesis, se aplicó el coeficiente de correlación de Spearman, al no tener normalidad en las variables, lo cual es también concordante con la literatura estadística, como un método adecuado para probar estadísticamente la correlación entre variables con distribución no normal (Restrepo y González, 2007).

Como puede verse con la siguiente tabla, de la aplicación del coeficiente de correlación de Spearman con el software estadístico SPSS, se obtuvieron los siguientes coeficientes de correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con cada una de las dimensiones de la variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, que son: (i) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) Prestación directa de alimentos a los alimentistas, así como con la totalidad de la variable con la suma de sus dimensiones.

**Tabla 21**

*Resultados de las correlaciones*

	<b>Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente</b>	<b>Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil</b>	<b>Prestación directa de alimentos a los alimentistas</b>	<b>Prestación de alimentos a los alimentistas</b>

	<b>al deudor alimentario</b>			
<b>Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios</b>	-0,371	-0,574	-0,202	- 0,604
	Correlación negativa media	Correlación negativa considerable	Correlación negativa media	Correlación negativa considerable

Con los coeficientes de correlación obtenidos, aplicando el planteamiento estadístico, por el cual se fijaron las hipótesis nulas (no hay correlación) y alternativas (si hay correlación), se llegaron a rechazar las primeras, siendo que el valor de los coeficientes de correlación obtenidos, son superiores a 0,05 (en negativo o positivo).

Con ello, se determinó en primer lugar, que si hay correlación significativa entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con cada una de las dimensiones de la variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, que son: (i) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) Prestación directa de alimentos a los alimentistas, así como con la totalidad de la variable con la suma de sus dimensiones.

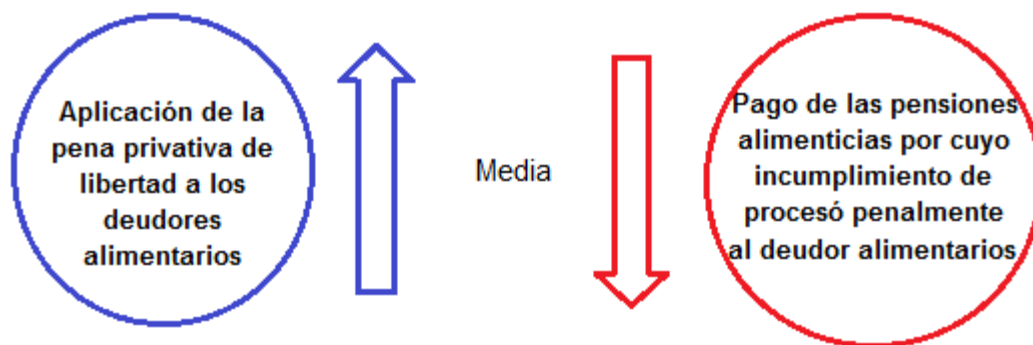
Pero además, empleando la tabla para interpretar (1) el sentido y (2) el grado de correlación (Mondragón, 2014), se llegó a probar también, que el sentido de la correlación entre las referidas variables y dimensiones, es negativo inverso, esto es, que mientras más se dio la presencia de una variable en la muestra, menos se dio la presencia de la otra, y asimismo, la interpretación del grado de relación, esto es, de la fuerza en que se da la correlación, que fue, como se muestra, entre media y considerable, lo cual son grados intermedios de correlación que indica que la fuerza para afirmar la misma es intermedia, que

es un resultado regular, pues no está ni en el grado más fuerte pero tampoco en el más débil de correlación, lo que da cuenta de que la relación es considerable.

Así, de modo gráfico, pueden verse los resultados de la correlación obtenida entre las variables y dimensiones, de la siguiente forma:

### Figura 11

*Sentido y fuerza de la correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la primera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario*

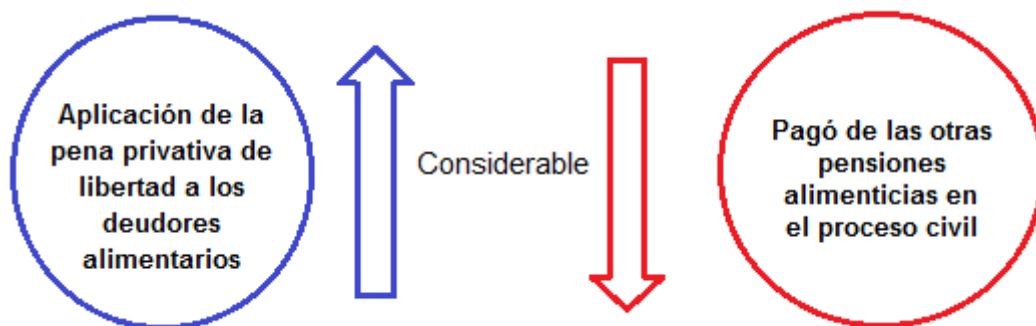


*Nota.* Hay una correlación negativa (inversa) media entre las variables.

### Figura 12

*Sentido y fuerza de la correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la segunda dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil*

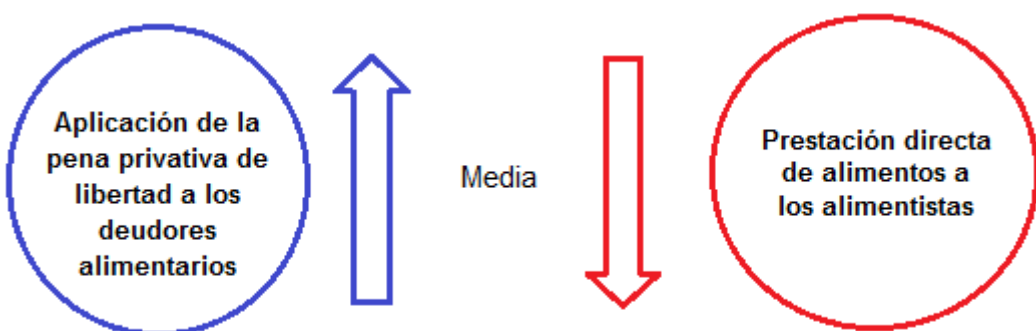




*Nota.* Hay una correlación negativa (inversa) considerable entre las variables.

### Figura 13

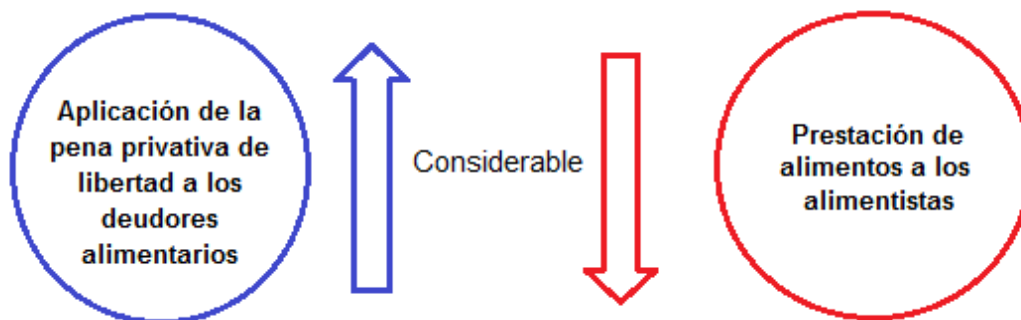
*Sentido y fuerza de la correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la tercera dimensión de la variable prestación de alimentos a los alimentistas: Prestación directa de alimentos a los alimentistas*



*Nota.* Hay una correlación negativa (inversa) media entre las variables.

### Figura 14

*Sentido y fuerza de la correlación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) la variable prestación de alimentos a los alimentistas, con la suma de sus dimensiones*

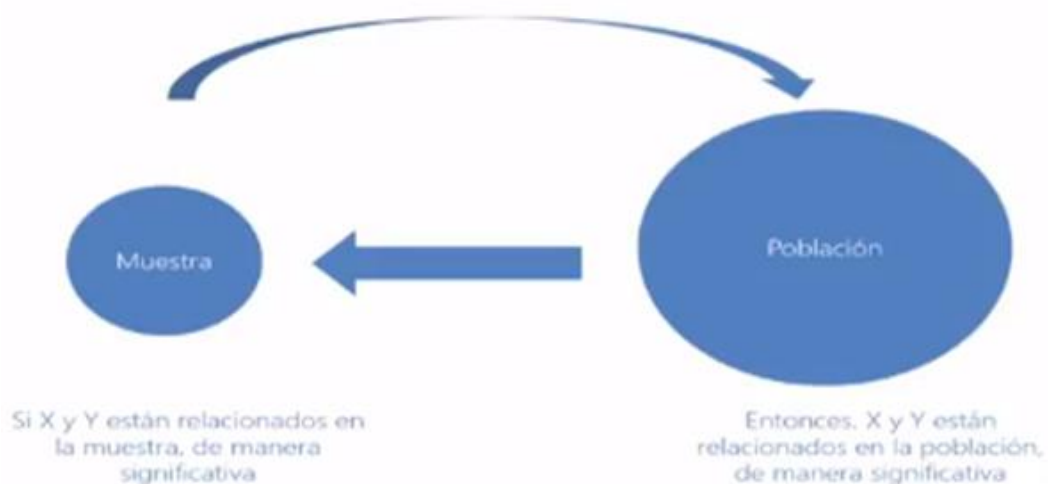


*Nota.* Hay una correlación negativa (inversa) considerable entre las variables.

Y al haberse empleado un muestreo probabilístico al azar, con la fórmula respectiva con una estimación de margen de error de 5% y confiabilidad del 95%, es estimable que los resultados en la muestra, pueda generalizarse inferencialmente en la población conformada por 376 alimentistas del periodo 2016.

### **Figura 15**

*Generalización de muestra a población*



Cabe precisar, que como es claro en la literatura estadística, una correlación no implica necesariamente una relación de causa a efecto entre dos variables (Cohen y Manion, citados por Echevarría, 2016), Por ende, de los resultados estadísticos obtenidos, no se puede afirmar más que se ha probado la existencia de una correlación negativa, de grado considerable entre la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, tanto de forma total como en sus dimensiones, con su respectiva valoración del grado entre medio y considerado; esto es, que cuanto mayor ha sido en la muestra la presencia de la primera variable, menor ha sido la presencia de la segunda.

No obstante, como lo señalan Sánchez y Reyes (2009), la importancia de los estudios correlaciones está precisamente, en que la correlación nos permite establecer alguna relación entre variables sugiriendo por ende la posibilidad de una causalidad. En ese sentido, con las limitaciones de la prueba estadística de la hipótesis, se puede inferir discutiendo los resultados obtenidos, que existe la posibilidad de que haya una relación causal, entre el acaecimiento de la primera variable, esto es, la aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y en sentido negativo, la variable prestación de alimentos a los alimentistas, es decir, que estando a que en significantes casos de la muestra, al haberse aplicado pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, éstos no cumplieron con prestar alimentos a los alimentistas, conforme a sus dimensiones, tanto respecto al (i) pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) el pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) la prestación directa de alimentos a los alimentistas, así como con la totalidad de la variable con la suma de sus dimensiones, se tiene la posibilidad, de que ello implique, que la aplicación

de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios en dichos casos, haya sido la causa de que no cumplieron con la prestación de alimentos a los alimentistas.

Para realizar la discusión en este sentido, debemos tener en cuenta, que como lo señalan Álvarez y Pérez (2004), las características básicas de la relación causal son:

- La temporalidad, es decir, que la causa precede al efecto.
- La dirección, es decir, que la relación va de la causa al efecto.
- La asociación, que se entiende como una cuantificación de la constancia de la relación.

Asimismo, los referidos autores, en su trabajo del campo de la medicina, desarrollan que para concluir que dos o más factores tienen relación causa-efecto, deben realizarse las siguientes comprobaciones (Álvarez y Pérez, 2004):

#### ***Determinar una asociación válida***

Una asociación válida, indican los autores, es una asociación real o verdadera, que conlleva un efecto mínimo del azar y del sesgo, o de uno y otro, lo cual indican, debe valorarse aplicando una prueba de significancia estadística, que por convención, se requiere de un valor igual o menor que 0,05 que es estadísticamente significativo y que traduce la probabilidad atribuible al azar de 5% o menor, siendo así, que una asociación con importancia estadística, tenga altas probabilidades de ser real, dado que el efecto del azar se restringe a una probabilidad máxima de 5% (Álvarez y Pérez, 2004). Y en buena cuenta, indican que los efectos del azar y el sesgo en la evaluación de una asociación, están relacionados con el rigor metodológico del estudio (Álvarez y Pérez, 2004). Es para ello relevante, evaluar el adecuado diseño metodológico empleado.

### ***Comprobación del tipo de asociación***

Que implica que para comprobar que la asociación es causal, se deben comprobar los siguientes aspectos:

- La fuerza de la asociación, esto es, la magnitud con que aumenta el riesgo de desarrollar un efecto cuando se presenta una exposición, siendo así que a mayor incremento, más fuerza de asociación y es mayor la seguridad sobre la causalidad,
- La congruencia, que se refiere, a que si la asociación entre la exposición y el evento de interés ha sido reproducida por investigadores diferentes, utilizando diseños diferentes en medios también diferentes.
- La relación temporal, que implica que la exposición debe anteceder al efecto.
- Gradiente dosis-respuesta, que implica que a mayor magnitud o intensidad de exposición, debe esperarse que sea mayor la magnitud o intensidad del efecto, lo cual puede ser, también, entre el tiempo de exposición y el efecto.
- Credibilidad epidemiológica, que establece que si existe asociación, cabe esperar que la distribución geográfica de la exposición sea paralela a la distribución del efecto.
- Credibilidad biológica, que es la concordancia de la asociación con el conocimiento biológico que se tiene en la actualidad.
- Especificidad, que significa que una sola exposición genera un solo efecto y viceversa.
- Analogía, que es el criterio más débil que todos, y se refiere a que la existencia de una relación causal análoga a la que se está considerando, puede apoyar la causa hipotética por un mecanismo similar.

Podemos utilizar como guía estos criterios, pero adaptados a nuestro campo de estudio y naturaleza de las variables, para tratar de inferir horizontes de la posible explicación de la correlación probada estadísticamente sobre las variables.

En ese sentido, se tiene que **en cuanto a la fuerza de la asociación**, de los resultados de la investigación, como se ha advertido, se tiene una fuerza de correlación negativa considerable de modo general entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, con cada una de las dimensiones y de modo general, con la variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, siendo sus dimensiones: (i) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) Prestación directa de alimentos a los alimentistas. Así las cosas, es un nivel aceptable para poder estimar la probabilidad de una relación causal negativa en las variables, en el sentido de que la presencia de la primera, sea la causante de la ausencia de la segunda.

Sobre la **relación temporal**, que implica que la exposición debe anteceder al efecto, se tiene que conforme al planteamiento de la investigación, y como puede verse de la encuesta empleada, se estableció que los sujetos conformantes de la población y la muestra, sean en los cuales haya pasado un periodo considerable (por eso, se escogió a los alimentistas del periodo 2016), en los que pudiera o no haberse dado la variable: Aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, esto es, que en ese periodo, en los casos de los alimentistas, pudo o no por distintas circunstancias aplicarse pena privativa de libertad al deudor alimentario, encontrándose en efecto, casos en los que no fue aplicada (que fueron la mayoría: 132), y casos en los que si fue aplicada (que fueron la minoría: 59), y según lo planteado y preguntado en la encuesta, se esperaba encontrar, **si luego de ese periodo en que**

**pudo o no darse la primera variable, y que en efecto, se dio en unos casos y no en otros, se diera la segunda variable:** Prestación de alimentos a los alimentistas, en sus 3 dimensiones; esto es, que conforme a tal formulación, los datos a obtener y en efecto obtenidos, eran **en primer lugar**, del acaecimiento o no de la primera variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y en **segundo lugar**, del acaecimiento de la segunda variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, en sus 3 dimensiones, cumpliéndose así con el criterio antecedencia de la exposición al efecto, donde puede ubicarse, que la primera variable, de primer acaecimiento, hace la vez de **factor de exposición**, mientras que la segunda variable, de segundo acaecimiento, hace la vez de **efecto**. Por lo que, el cumplimiento de este criterio, es también una razón favorable para poder estimar la probabilidad de una relación causal en las variables, de sentido negativo.

En cuanto al criterio **gradiente dosis-respuesta**, no puede establecerse, en tanto que las variables aplicadas, no son de tal naturaleza que pueda medirse su acaecimiento en magnitudes o intensidades, principalmente, por que conforme a los resultados de la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, los valores obtenidos solo fueron 2, totalmente en desacuerdo y totalmente de acuerdo, no pudiendo medirse según magnitud o intensidad.

En cuanto al criterio **credibilidad epidemiológica**, tampoco se adecúa a la naturaleza de las variables.

Respecto al criterio de especificidad, que significa que una sola exposición genera un solo efecto y viceversa, tampoco puede emplearse para los presentes resultados, en tanto que no hay un control de la existencia de otros posibles factores de exposición que puedan causar el efecto, que sería la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, en su sentido

negativo, esto es, que generen que no se de la prestación de alimentos a los alimentistas por parte de los deudores alimentarios.

En cuanto a criterio de **congruencia**, no se tienen otros estudios en los que se haya reproducido la investigación por investigadores diferentes, con diseños diferentes y en medios diferentes, por lo que tampoco se adecúa.

Sobre los criterios de **credibilidad biológica** y **analogía**, se va a evaluar en las siguientes partes, la concordancia que hay entre los resultados de la investigación, con el conocimiento específico sobre la materia, los cuales pueden extraerse, del marco teórico y filosófico, así la similitud que hay con los resultados de otras investigaciones.

### **5.5. Contratación con el marco filosófico y teórico**

Conforme a los temas abordados en el marco filosófico, a la variable: Prestación de alimentos a los alimentistas, subyace y es su sustento, la categoría jurídica del derecho a percibir alimentos, el cual, tiene conforme al enfoque del paradigma ius filosófico neo constitucionalista, el carácter de un derecho humano (como parte de un derecho humano más amplio que lo comprende: el derecho humano a un nivel de vida adecuado, reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y fundamental (como derecho humano, que forma parte del derecho nacional, en virtud del artículo 55 de la Constitución, teniendo referencias también en la carta magna, que en conjunto, configuran un derecho fundamental no expresamente enumerado, pero que adquiere reconocimiento en virtud del artículo 3 de la Constitución, por ser un derecho humano y que se funda en la dignidad) (Rojas, 2017), y que por ende, se configura como un tipo de norma específico y de especial relevancia dentro del



paradigma neo constitucionalista: un principio, que opera como un “mandato de optimización”, esto es, como una norma que ordena que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, siendo por ende, que puede ser cumplido en diferentes grados (Alexy, 2003), y para cuya operatividad, requiere de la técnica de ponderación (Citando a Diez- Picasso, Orozco, 2013), institucionalizada como el principio de proporcionalidad, que se erige además en una propiedad intrínseca de los normas principios, como es el caso de los derechos fundamentales.

Siguiendo el sentido de sustento que le da a este derecho, el artículo 27 inciso 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual se ha establecido como texto normativo, que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...)”, fijando así como obligación estatal, el tomar las medidas apropiadas para asegurar el pago de las pensiones alimenticias a favor de los alimentistas – aunque habla de modo específico sobre los niños-; el derecho humano y fundamental a percibir alimentos, configura su estructura de mandato de optimización, al sentido que como principio, exige que se tomen las medidas apropiadas y en la mayor medida posible, dentro de lo jurídico y fáctico, para lograr la satisfacción del cobro de acreencias alimentarias por parte de los alimentistas a sus deudores alimentarios.

En ese sentido, desde el punto de vista ius filosófico, específicamente, del Neo constitucionalismo, que como se ha visto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también de la jurisdicción ordinaria, ha sido acogido en nuestra práctica judicial, los tratamientos estatales que se hacen sobre la variable prestación de alimentos a los alimentistas, deben tener como sustento, el carácter de derecho humano y fundamental del

derecho a percibir alimentos, llevando por ende toda regulación normativa sobre el mismo, así como la interpretación y práctica judicial respecto a este derecho y la variable en comento, la exigencia de coherencia con las implicancias de este derecho humano y fundamental como mandato de optimización, que ordena que se tomen las medidas apropiadas y en la mayor medida posible, dentro de lo jurídico y fáctico, para lograr la satisfacción del cobro de acreencias alimentarias por parte de los alimentistas a sus deudores alimentarios.

Asimismo, estando a que los derechos fundamentales, conforme a la teoría constitucional, gozan del máximo rango sobre el resto de disposiciones de un país, teniendo un grado de vinculatoriedad pleno y máxima fuerza jurídica, pues deben ser observados tanto en los fueros jurisdiccionales, legislativos y administrativos, quienes deben observarlos, tutelarlos y promoverlos, aparejando su reconocimiento, la corresponsabilidad de su respeto y defensa por parte del Estado y la sociedad (Alexy, citando a García Y., en García, 2013), toda regulación normativa y práctica judicial sobre la misma que implique al derecho a percibir alimentos, que no se adecúe a sus exigencias, puede devenir en ilegítima e inconstitucional, sino respeta sus exigencias, las cuales deben evaluarse, a través del principio de proporcionalidad.

Con estos referentes ius filosóficos, se tiene que cuando en relación a la variable: (1) Prestación de alimentos a los alimentistas, al cual subyace el derecho a percibir alimentos, se ha regulado legalmente el empleo de la otra variable: (2) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, el carácter de derecho humano y fundamental a percibir alimentos, determina desde su regulación hasta su aplicación, debe respetarse sus exigencias, esto es, de que se tomen las medidas apropiadas y en la mayor medida posible, dentro de lo

jurídico y fáctico, para lograr la satisfacción del cobro de acreencias alimentarias por parte de los alimentistas a sus deudores alimentarios.

Ahora, en cuanto a la concepción ius filosófica de la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad, la pena, como lo señalan Zaffaroni, Alagía y Slokar (2002), implica ontológicamente: (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) que tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Esto se explica precisamente, en que la pena, como fenómeno que acontece en la realidad, no importa una forma material de obtención directa de algún beneficio para alguna persona o de satisfacción o restitución de un derecho, ni siquiera para el cual se liga al delito por el cual se impuso la pena. Por el contrario, su aplicación, se ha pretendido justificar filosóficamente, en consideraciones de justicia retributiva, y con mejor aceptación, en la utilidad por las consecuencias valiosas que se obtiene de cara al futuro con su aplicación (Anitua, 2015), lo cual se pretende sustentar con las teorías sobre las funciones de la pena, no obstante a las graves dificultades que trae tal empresa (Anitua, 2015).

Es en ese sentido, que a la pena se le reconoce:

- Su carácter no resolutorio del conflicto, dado que la pena, como restricción a los derechos fundamentales de la persona que incurre en una conducta delictiva, no recompone el conflicto generado por su acción ilícita ya ejercida o el daño causado a los bienes que lesiona como la vida, la salud, la propiedad, etc., siendo por ello que su aplicación punitiva, está prevista generalmente para los conflictos que nunca pueden, o que dadas sus condiciones extremas, ya no pueden ser solucionados o reparados por los otros sistemas de coacción estatal, como por ejemplo, a través de la coacción que se ejercer en vía de ejecución en el proceso civil para restituir el derecho

vulnerado. Esto es así, porque si el conflicto pudiera ser solucionado por otros sistemas de coacción estatal, no se justificaría el recurrir al sistema punitivo sino a estos sistemas.

- La especial gravedad de la pena, puesto que implica, por lo general, contundentes restricciones a los derechos de la persona que delinque, tanto cuantitativa como cualitativamente, esto es, por la forma de su ejecución –sometimiento de la persona a la reclusión en un establecimiento penitenciario, limitando al máximo sus vínculos sociales y expectativas de desarrollo en libertad, o también, a sus derechos de desarrollarse profesionalmente o con el desprendimiento de su patrimonio, lo cual, sin una finalidad reparadora, se sustenta sólo en el menoscabo que se causa al condenado-, como por el tiempo de la misma –dado que comúnmente, las limitaciones se extienden, en correlación proporcional, a extendidos periodos de restricción de derechos o de los montos dinerarios en caso de la limitación patrimonial, a diferencia de las otras formas de coacción, donde la restricción es solo por el tiempo necesario para lograr su finalidad inmediata-.
- La dudosa efectividad de sus fines: en tanto que como lo ha hecho ver la doctrina, al sistema punitivo se le asignan una serie de funciones manifiestas positivas, esto es, que suponen un bien para alguien (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), tales como la idea de la “prevención de los comportamiento delictivos”, pero que en realidad, solo en forma ocasional y aislada se cumplen estas funciones (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), o en todo caso, no son pasibles de verificación empírica, tratándose en la mayoría de casos, de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia,

puesto que jamás podría afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002). Ello a diferencia de los otros sistemas coactivos, donde las funciones directas que se buscan son visibles y claras, como por ejemplo, la restitución de determinado bien.

Pero que no obstante, son precisamente estas condiciones las que le otorgan al sistema punitivo cierto ámbito de acción que implica su necesidad, pues en efecto, como lo sostienen Zaffaroni, Alagía y Slokar (2002), hay conflictos que no tienen una solución practicable o culturalmente aceptable, pero que aun así, requieren de una respuesta formal, aunque no recomponga el conflicto, operando así la pena, como una respuesta formal necesaria, pero que además, puede estimarse que en ciertos casos, si puede cumplir algunas o algunos aspectos de las funciones positivas manifiestas que se le asignan, o al menos, no puede descartarse ello, al punto que incluso, puede estimarse muy razonablemente, que sin sistema punitivo, el sistema social correría un grave riesgo de ser perjudicado, al eliminarse esta protección establecida a favor de los ciudadanos, aunque pueda dudarse fundadamente sobre su real acaecimiento.

Es por ello que al sistema punitivo, se le concibe como una de las formas de ejercicio de poder institucionalizadas más lesivas que requiere ser limitado, de ahí su carácter restrictivo y excepcional, estando a sus referidas particularidades, por lo que se exige mucho cuidado en su aplicación, mucho más, se conforme lo sostienen las posturas abolicionistas, si bien a veces la aplicación de la pena puede servir para algo, otras veces no sirve para nada y lo que es por, en el mejor de los casos deja el conflicto como está, y en el peor termina agravando la situación (Bailone, 2005).

No obstante, desde el sustento teórico de las funciones de la pena, su sustenta que en efecto tiene un fin positivo y útil, que importa, la tutela de bienes jurídicos a futuro, precisamente, a los que el delito se refiere y por cuya lesión o puesta en peligro se impone la pena, o desde otras perspectivas, a la estabilidad social a través de la confirmación de la vigencia de las normas, pero que ello redundará también, en ofrecer una tutela a los bienes jurídicos, que se identifican, como intereses positivamente valorados, dentro de los cuales están los derechos fundamentales.

En ese sentido, en relación a la variable: Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, se concibe filosóficamente, como una medida que se aplica como una respuesta formal a una acción calificada como delito, porque implica y en ello se justifica, una utilidad por sus consecuencias valiosas de cara al futuro, sea como respuesta formal o por la expectativa, aunque incierta, de que en algunos casos pueda ofrecer algún efecto positivo de tutela de un bien jurídico o la expectativa normativa referente al mismo, que se identifica, en el caso de la variable, por el derecho humano y fundamental a percibir alimentos. Y que, dado su carácter no resolutivo del conflicto, debiera estar prevista, para los conflictos que ya no pueden, o que por sus condiciones extremas, no pueden solucionarse o repararse por otros sistemas de coacción estatal.

Ahora, sobre las expectativas de tutela del derecho a percibir alimentos, estas son básicamente, como las sustentan las teorías sobre las funciones de la pena:

- La prevención general negativa, que ve a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, tanto desde la conminación normativa, como a través de la observación del castigo (García, 2012), no obstante que se reconoce lo discutible de que ello genere en todos

los ciudadanos, un verdadero efecto intimidatorio inmediato (TC, N° 00014-2006-AI, 19 de enero del 2007, fundamento 9).

- La prevención general positiva, que sustenta la motivación a los ciudadanos de no lesionar bienes jurídicos, no a través de la amenaza penal, sino a través del fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos (citando a Jakobs, García, 2012), a través de la protección de valores ético – sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético (García, 2012), o en la versión de Roxin, que implica: 1) el efecto de aprendizaje motivado socio – pedagógicamente; 2) el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; 3) el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone, y; 4) el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado (TC, N° 019 – 2005 – PI/TC, 21 de julio de 2005, fundamento 32).
- La prevención especial negativa y positiva, que entiende que el efecto motivador de la pena no se dirige a la colectividad, sino al delincuente en concreto, estando destinada precisamente a evitar que el autor cometa futuros delitos (García, 2012). Su finalidad, se centra en los beneficios que la pena puede generar en el penado, o cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados, distinguiendo así que esta forma de prevención puede darse en 2 fases:

- Como prevención especial negativa, en el momento de la aplicación de la pena, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación.
- Como prevención especial positiva, en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad, cuya referencia explícita se encuentra en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución (TC, N° 0019 – 2005 – PI/TC, 21 de julio de 2005, fundamento 31). Ello no obstante a las duras dificultades que también muestra esta teoría, estando a las muestras empíricas de las reincidencias que indican que en mucho de los sentenciados, esta pretendida prevención especial no ha funcionado, lo mismo que ocurre con las expectativas de resocialización, estando a que es claro para todos, que la mayoría de centros penitenciarios no tienen las condiciones para generarla, sino todo lo contrario, las cárceles se han convertido en “escuelas del delito”, donde el ingresando no hace más que empeorar su disocialización, al mantenerse alejado de los vínculos sociales, perdiendo sus vínculos familiares, laborales, económicos, entre otros, siendo muchas veces víctima de la marginación que le impiden volver a resocializarse.
- La función de reestabilización de la pena, en el entendido de que lo se busca con el ejercicio del poder punitivo no es en sí la intimidación ni la prevención de la reiteración de la vulneración al bien jurídico por parte del delincuente, sino más bien, como lo indica Jakobs (1998), evitar la erosión de la configuración normativa real de la sociedad, en el entendido, de que lo que le importa al derecho penal, es el



mantenimiento del esquema de interpretación válido del respeto de las expectativas sociales, esto es que, no sería lo primordial el mantenimiento o no de bienes jurídicos –ya que en su opinión, la sociedad puede subsistir aunque estos sean lesionados-, sino que las expectativas sociales mantengan su vigencia en la medida que son éstas las que permiten la existencia de la sociedad.

La relevancia de este abordaje, es que como se advierte, tanto ius filosófica como teóricamente, se sustenta que la relación entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la variable: (2) La prestación de alimentos a los alimentistas, es que la primera variable, es un hecho, que se aplica como medio de tutela del derecho a percibir alimentos, que es el sustento e implica la segunda variable, de modo total y en sus 3 dimensiones: (i) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) Prestación directa de alimentos a los alimentistas.

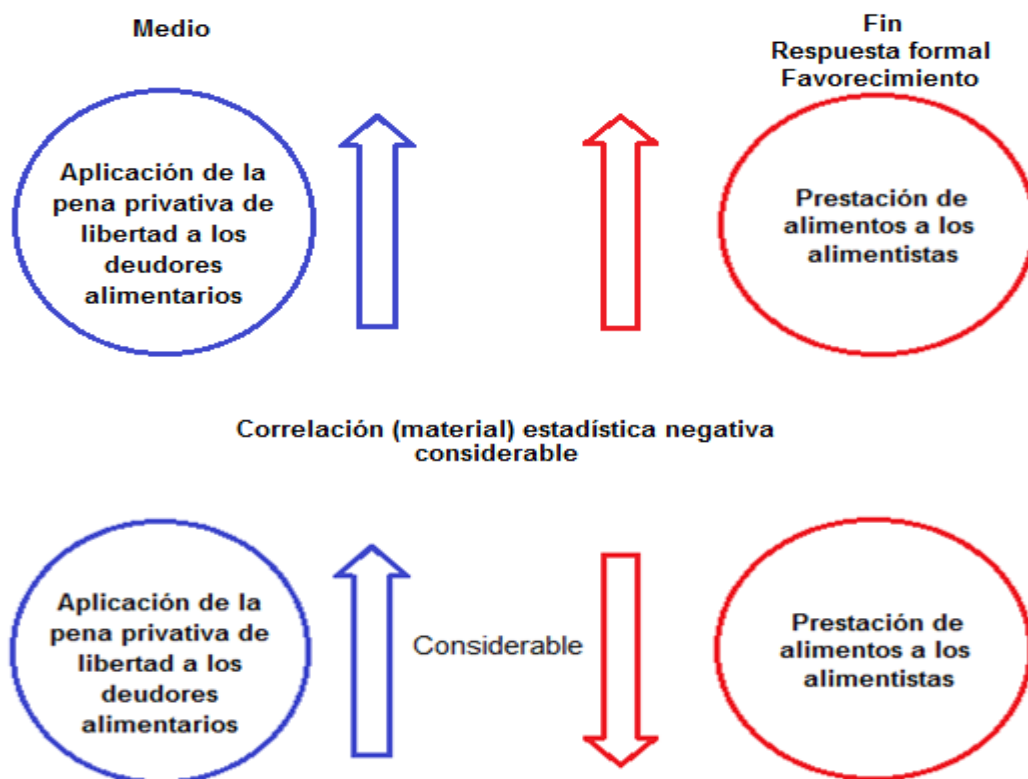
Esto es, que conforme al sustento ius filosófico y teórico, con la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, hay una relación de medio – fin: se busca lograr un efecto útil y positivo en el derecho a percibir alimentos, sea como respuesta formal, o como expectativa del logro o fomento del derecho a percibir alimentos, que se manifiesta en el cumplimiento de la prestación de alimentos a los alimentistas, tanto con el pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario, con el pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, como con la prestación directa de alimentos a los alimentistas.

Empero, como se ha demostrado con los resultados de la presente investigación, se encontró que en la muestra en estudio, a mayor presencia de la variable: (1) Aplicación de la

pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue la presencia de la otra variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, de modo total como en sus 3 dimensiones: (i) Pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento de procesó penalmente al deudor alimentario; (ii) Pagó de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, y; (iii) Prestación directa de alimentos a los alimentistas; probándose estadísticamente, una correlación negativa considerable entre ambas variables, así como de modo disgregado, en cuanto a cada dimensión, correlaciones negativas de fuerza media, considerable y media, respectivamente. De manera gráfica, podemos verlo de la siguiente forma:

**Figura 16**

*Relación ius filosófica y teórica de medio - fin*



Este contraste entre la teoría y lo probado estadísticamente, denotado en primer lugar, que pese a que se esperaba teóricamente, que la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, pudiera haber implicado algún efecto positivo de favorecimiento a la prestación de alimentos a los alimentistas, pues siguiendo las teorías sobre los fines de la pena, al aplicarse la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios de la muestra, debió haber generado el efecto preventivo especial, tanto negativo, disuadiéndolos de cometer nuevos delitos en el futuro, esto es, nuevos incumplimientos, ergo, que cumplieran con la prestación de alimentos, en sus 3 dimensiones; como positivo, en el sentido de su rehabilitación y reeducación, lo que también hubiera significado, el haber interiorizado su deber y por ende cumplido con la prestación de alimentos; la existencia de las correlaciones negativas, de fuerza considerable de modo general y considerable y media en relación a las dimensiones, parece indicar que estos fines no se llegaron a cumplir, dado que tras la verificación de la aplicación de pena privativa de libertad, no se verificó en tales grados de correlación, que se haya dado luego el cumplimiento de la prestación de alimentos.

No obstante, estos resultados si son concordantes como se ha detallado, con parte de la teoría que postula precisamente, el carácter incierto de los fines de la pena, en el entendido de que los efectos positivos que las teorías le suelen asignar a la pena, solo en forma ocasional y aislada se cumplen (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002), tratándose en la mayoría de casos de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, puesto que jamás podría afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2002).

En cuanto a los fines preventivos generales, positivo y negativo, dado su carácter genérico, interno y por ende de dificultad para su medición, no es posible obtener datos que

estadísticamente demuestren una relación fiable para ver si la aplicación de pena en los casos de la muestra, cumplió con los referidos fines. Empero, lo que si puede evidenciarse, es que no obstante a que se viene aplicando penas privativas de libertad a los deudores alimentarios, estos siguen aconteciendo, lo que nos releva la información estadística de los periodos siguientes al de nuestra población, lo cual es un indicador, de que en efecto, como lo sostiene la referida perspectiva teórica y se reconoce también ya ampliamente, estos efectos preventivos tampoco son cumplidos en todos los casos y en gran medida.

Asimismo, en cuanto a la función de reestabilización de la pena, dado su carácter sociológico formal, tampoco es posible establecer una medición fiable, empero, esta perspectiva teórica, es más acorde con las que sostienen que la aplicación de la pena privativa de libertad, se debe dar como una respuesta formal al conflicto, teniendo desde esta perspectiva, la finalidad de mantener la vigencia de las expectativas sociales, en la medida que son ellas las que permiten la existencia de la sociedad (Jakobs, 1998). Esto sería, concretamente, en relación al derecho a percibir alimentos, mantener la vigencia de la expectativa social de que los deudores alimentarios deben cumplir con prestar alimentos a los alimentistas, la cual se confirmaría, a través del castigo, con la pena privativa de libertad.

Así, siguiendo el sentido teórico referido precedentemente, el único sustento positivo de la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, sería como respuesta formal para mantener la vigencia de las expectativas normativas del cumplimiento de la prestación de alimentos. Sin embargo, tal perspectiva, resulta contradictoria con sus propias consideraciones, puesto que como se ha abordado, dado el carácter no resolutorio del conflicto de la pena, que no recompone el conflicto generado por la acción ilícita ya ejercida o el daño causado, su aplicación está prevista generalmente, para los conflictos que nunca

pueden, o que dadas sus condiciones extremas, ya no pueden ser solucionados o reparados por los otros sistemas de coacción estatal, como por ejemplo, a través de la coacción que se ejercer en vía de ejecución en el proceso civil para restituir el derecho vulnerado.

En ese sentido, la pregunta que surge es: ¿el incumplimiento alimentario, es un conflicto que no puede ser solucionado, o que por su gravedad, no puede buscarse su solución ya únicamente a través de otras formas de coacción? Dada la propia naturaleza del incumplimiento alimentario, que implica el incumplimiento de un deber jurídico de prestar alimentos, obviamente, no se trata de un conflicto que no pueda ser solucionado, dado que la solución al mismo, es precisamente, lograr el cumplimiento del ese deber jurídico, esto es, lograr que los deudores alimentarios cumplan con la prestación de alimentos a los alimentistas. Ahora, sobre si ya no puede buscarse su solución únicamente a través de otras formas de coacción estatal, esta sería la mejor justificación, que ha valido para sustentar la criminalización del incumplimiento alimentario, ante la ineficiencia de los medios contemplados en la legislación procesal civil para hacer efectiva la prestación de alimentos a los alimentistas.

Si ello fuera así, el razonamiento sería, que siendo inefectivos los medios de coacción para lograr la prestación de alimentos, y ante la gravedad de ese problema, pues subyace el derecho a percibir alimentos, de carácter humano y fundamental, no habiendo evidencia del cumplimiento de los fines preventivos de la pena, o no dándose estos en la realidad, lo único que quedaría, sería asegurar de modo drástico, con la pena privativa de libertad, la vigencia de la expectativa normativa del cumplimiento de prestar alimentos, con la expectativa, de cumplimiento en algún grado y en algunas veces de los fines preventivos.

Empero, la regulación actual, no ha reparado en que, una medida que prestaría mejor eficacia para lograr la prestación de alimentos y que no se ha regulado, sino que más bien, se emplea de modo práctico bajo la estructura del sistema punitivo, **es la aplicación de la privación de libertad, no como pena, sino como medida de apremio personal, tal y como se contempla en las regulaciones de Chile, Ecuador, Bolivia y Costa Rica.** En efecto, como lo señala Villa (2017), la medida de apremio persona -refiriéndose al apremio de arresto civil-, es aquella privación de libertad que se decreta en contra de un sujeto para el caso en que este no cumpla con la conducta particular que se le exige y que no tiene relación con la detención de tipo penal, ya que ésta cumple un objetivo diferente. De modo más preciso, como lo señala Washington (2013), es una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias, y como lo señala Carpio (2007), el apremio corporal puede entenderse como una medida coercitiva que se aplica con el fin de que una persona haga o cumpla algo a lo que estaba obligado, mediando un mandato de un juez competente, el cual tiene como consecuencia la reclusión del incumplidor en un centro penitenciario.

Como apremio personal, la utilización de la privación de libertad, difiere en sus características en cuanto se regula como pena, lo cual podemos en la tabla 22:

**Tabla 22**

*Resultados de las correlaciones*

	<b>Apremio personal</b>	<b>Pena privativa de libertad</b>
<b>Finalidad</b>	Lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos	Dar una respuesta formal al delito: incumplimiento de la prestación de alimentos, con expectativa de que puedan

		<p>cumplirse en alguna medida los fines preventivos, previniendo en algunos casos, aunque de forma incierta, que se den incumplimientos similares en el futuro</p>
<b>Objetivo</b>	<p>Coaccionar, presionando con la privación de libertad al deudor alimentario, para que cumpla con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas</p>	<p>Confirmar con la aplicación de la pena, la vigencia de la norma de prestación de alimentos, así como causar con la misma, efectos en la colectividad y en el deudor alimentario para disuadirlos de incumplir la prestación de alimentos</p>
<b>Estructura normativa y teórica con la que opera</b>	<p>Al operar como una medida de apremio, se rige dentro de la estructura normativa procesal civil, así como con sus presupuestos teóricos. Por ende para su aplicación, no se requiere variar de estructura normativa y teórica, ya que desde su origen, el incumplimiento alimentario es encausado en la estructura procesal civil</p>	<p>Al operar como una pena, se rige dentro de la estructura normativa penal, así como con sus presupuestos teóricos. Por ende para su aplicación, si se requiere variar de estructura normativa y teórica, ya que desde su origen, el incumplimiento alimentario es encausado en la estructura procesal civil y no en la penal, implicando por ende, un paso del conflicto de las categorías procesal civiles, a las penales, con sus particulares características más apropiadas, para otro tipo de conflictos</p>
<b>Competencia</b>	<p>Es aplicada, dentro del marco normativo de origen, por el Juez civil o de familia que tuvo a cargo el proceso de alimentos</p>	<p>Es aplicada, dentro del nuevo marco normativo trasladado, por el Juez penal, que no tuvo a cargo el proceso de alimentos, esto es, un nuevo juez de un nuevo proceso</p>

<b>Menor tiempo en su aplicación</b>	El ser una medida de ejecución dentro del propio proceso de alimentos, importa un menor tiempo para que se de su aplicación	Es ser una pena que debe aplicarse luego de darse un proceso penal, que es uno distinto al de alimentos, importa un mayor tiempo (podría decirse, el doble), para que se de su aplicación
<b>Temporalidad de la privación de libertad</b>	Se ejerce por periodos cortos, generalmente en días (15 días).	Se ejerce por periodos más largos, generalmente, por un mínimo de 1 año
<b>Orientación a no causar afectaciones graves en la posibilidades laborales del deudor alimentario</b>	En regulaciones como la chilena, la privación de libertad con el apremio es inicialmente parcial, en horas de la noche y madrugada, desde las 22:00 hasta las 6:00 de la mañana, permitiendo con ello, no limitar en extremo la posibilidad de trabajo del deudor alimentario, para que pueda continuar prestando alimentos, siendo solo después de persistirse en el incumplimiento, que se dispone la privación total. Asimismo, la reclusión por periodos cortos, también es en consideración de evitar causar mayores problemas a las posibilidades laborales del deudor alimentario	Su regulación como pena, no contempla consideración alguna para la situación laboral del deudor alimentario, siendo irrelevante ante la sanción que debe imponerse
<b>Gradualidad en su aplicación</b>	Se modula gradualmente estando a la persistencia en el incumplimiento de la prestación de alimentos (ampliable por más días y	No tiene una modulación gradual, en tanto que se aplica en razón del incumplimiento, todo el periodo de pena



	agravarse la privación de modo total)	establecido como sanción por la conducta
<b>El cumplimiento de la prestación de alimentos importa su cese</b>	Dado que se trata de una medida para lograr la prestación de alimentos, el logro de esta finalidad importa el cese automático de la medida, por haber cumplido su finalidad.	El cumplimiento de la prestación de alimentos, que originó la sanción, no hace cesar la privación de libertad, resultando irrelevante, debiendo cumplirse con el tiempo completo de la pena impuesta

Como puede verse, la regulación de la privación de libertad como apremio personal y no como pena, importa características más favorables para la satisfacción del derecho a percibir alimentos, siendo una medida que implica mayor efectividad que las regulares medidas del ordenamiento procesal civil para lograr la prestación de alimentos (como el embargo y las medidas de ejecución patrimonial, frente a las cuales el deudor alimentario puede ocultar su patrimonio), ofreciendo a su vez, mejor tutela que su regulación como pena privativa de libertad, que solo pretende dar una respuesta formal al conflicto y el incierto logro de alguna de las funciones que teóricamente se le asignan a la pena.

Por ende, desde esta perspectiva, es discutible la justificación de la regulación de la privación de libertad como pena, contra los deudores alimentarios para lograr con ello la prestación de alimentos a los alimentistas, puesto que con ello, a lo sumo podría implicar una respuesta formal severa al incumplimiento, con expectativas inciertas de los fines preventivo generales, y conforme a los resultados de la investigación, aparentemente sin mucho éxito en el logro de los fines preventivo especiales; cuando cabía una posibilidad de regulación más

efectiva y menos problemática, que es como medida de apremio personal, tal y como se hace en las legislaciones de Chile, Ecuador, Bolivia y Costa Rica.

Y es que en efecto, como se ha abordado precedentemente, al ser el derecho a percibir alimentos, de carácter humano y fundamental, siguiendo el paradigma ius filosófico del Neo constitucionalismo, importa exigencias que carácter vinculante incluso para el propio Poder Legislativo, en su función de regular soluciones jurídicas para los problemas sociales. Es en ese sentido, que para regular la solución al incumplimiento alimentario, incluso ahora para mantenerla, la exigencia del derecho a percibir alimentos como derecho humano y fundamental, es que se tomen las medidas apropiadas y en la mayor medida posible, dentro de lo jurídico y fáctico, para lograr la satisfacción del cobro de acreencias alimentarias por parte de los alimentistas a sus deudores alimentarios. Así, no puede establecerse cualquier tipo de regulación para hacer frente al incumplimiento alimentario, sino la que resulte más apropiada en la mayor medida posible, para lograr dentro de lo jurídico y fáctico la prestación de alimentos.

Y si ello es así, resulta evidentemente cuestionable, que sea la regulación de la privación de libertad como pena, la que medida más apropiada dentro de lo jurídico y fáctico para lograr la prestación de alimentos, cuando la otra opción, es la de su regulación como medida de apremio personal, estando a sus características más ventajosas como se ha visto precedentemente.

Para demostrar tal afirmación, se puede y debe, estando al carácter de derecho humano y fundamental del derecho a percibir alimentos, someter a la regulación de la privación de libertad como pena, al principio de proporcionalidad con su test de proporcionalidad, que implica el análisis de sus 3 sub principios: (1) idoneidad, (2) necesidad,

y (3) proporcionalidad en sentido estricto, conforme ha sido desarrollado como técnica idónea para la aplicación de derechos fundamentales, en tanto normas con la estructura de principios, en el paradigma neo constitucionalista (Lopera, 2004). Haciendo este examen, se tiene que:

- En cuanto al primer sub principio, de idoneidad, que implica un análisis de relación medio – fin la regulación de la pena privativa de libertad como pena, que es el medio, si puede considerarse idónea, para cumplir la finalidad, que es la tutela del derecho a percibir alimentos, de carácter humano y constitucional, pues como se ha sostenido, aunque con las dificultades de su sustento teórico, se orienta dar una respuesta formal severa al incumplimiento alimentario, confirmando con la pena la vigencia de las expectativas del cumplimiento de la prestación de alimentos, estimándose además, aunque de modo incierto, que en algunos casos si puede generar efectos preventivos generales o especiales, aunque en este último caso, conforme a los resultados de la investigación, la relación parece ser más bien negativa, esto es, que la aplicación de la pena privativa de libertad, estaría correlacionada con una fuerza considerable, por el contrario, a que no se cumpla con la prestación de alimentos a los alimentistas; pero aún así, habiendo un sustento mínimo de cumplimiento de fines de tutela, como respuesta formal y la expectativa incierta de fines preventivo generales, puede considerarse idónea la medida, superando este sub principio.
- Ahora, en cuanto al segundo sub principio, de necesidad, que implica un análisis de relación medio – medio, esto es, que para que una injerencia en un derecho fundamental sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista,

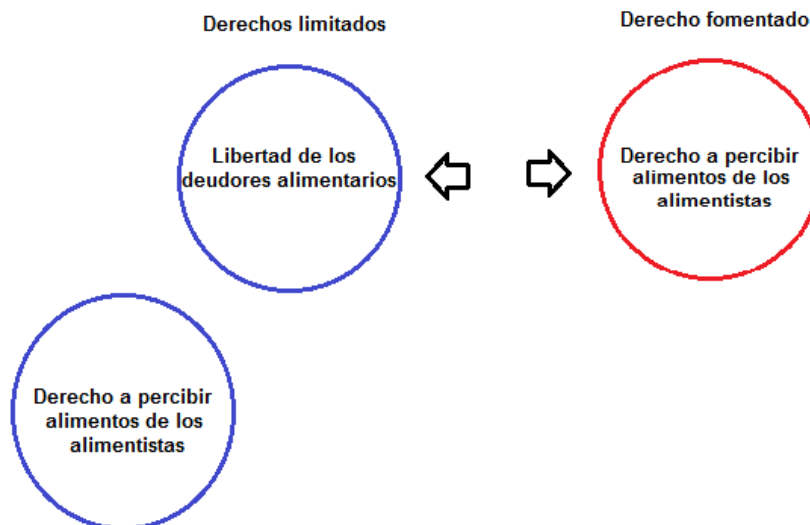
por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y que sea más benigno con el derecho afectado (Tribunal Constitucional, expediente N° 00050-2004-AI/TC, sentencia del 3 de junio de 2005); lo que supone: (1) analizar por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental; en el caso de la regulación de la privación de libertad como pena, dadas sus particulares características, implica ver la relación entre derechos afectados y derecho fomentado, bajo las siguientes consideraciones:

- En primer término, se tiene que es claro, que el derecho fundamental que se limita con la regulación de la privación de libertad como pena, es la libertad de los deudores alimentarios, a quienes se sanciona con la pena por incumplir la prestación de alimentos.
- En segundo término, se tiene que también es claro, que el derecho fundamental que se fomenta con la regulación de la privación de libertad como pena, es el derecho a percibir alimentos, de carácter humano y fundamental, pues es en razón de ofrecer cierta tutela al mismo, que se limita la privación de libertad de los deudores alimentarios.
- Sin embargo, para el caso específico de la prestación de alimentos, la privación de libertad de los deudores alimentarios, dada su la relación material entre el deudor alimentario, sus fuentes de ingreso y la posibilidad de cumplir la prestación de alimentos, en los casos en que la única fuente de ingresos del deudor alimentario es su trabajo que no puede ejercer sino en libertad, la privación de su libertad que se ejerce con su regulación como pena, implica no

sólo una limitación directa al derecho a la libertad del deudor alimentario, sino también, indirectamente, pero de modo plausible, al propio derecho de los alimentistas a percibir la prestación de alimentos, pues en los periodos en que el deudor alimentario esté privado de su libertad, se le imposibilita que pudiera seguir trabajando y así cumplir con prestar alimentos. En ese sentido, la relación entre derechos limitados y derecho fomentado se vería como en la siguiente figura.

**Figura 17**

*Ponderación entre la libertad personal de los deudores alimentarios y el derecho a percibir alimentos de los alimentistas*



- Siendo ello así, se tiene que para evaluar si se cumple el sub principio de necesidad, se debe de tener presente que: (1) por un lado, el derecho que se

fomenta, es el derecho a percibir alimentos, y, (2) de otro lado, los derechos que se limitan son, la libertad de los deudores alimentarios y también en muchos, sino la mayoría de casos, el propio derecho a percibir alimentos de los alimentistas.

- Por ello, se requiere para superar este sub principio, que no hubiere otro medio alternativo a la regulación de la privación de libertad como pena, que: (1) por un lado, ofrezca una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el derecho a percibir alimentos, y, (2) por otro lado, limite en menor medida los derechos que se limitan, esto es, la libertad del deudor alimentario, y el propio derecho a percibir alimentos. Así las cosas, se tiene que frente a la regulación de la privación de libertad como pena, se tiene evidentemente, la otra forma que regulación de la privación de libertad, como apremio personal, la cual: (1) por un lado, ofrece una idoneidad mayor para fomentar el derecho a percibir alimentos, pues como se ha visto la tabla comparativo precedente:
- A diferencia de la pena privativa de libertad, cuya finalidad es dar una respuesta formal al delito: incumplimiento de la prestación de alimentos, con expectativa de que puedan cumplirse en alguna medida los fines preventivos, previniendo en algunos casos, aunque de forma incierta, que se den incumplimientos similares en el futuro, aunque conforme a los resultados de la presente investigación, hay una correlación inversa entre la aplicación de pena privativa de libertad y la prestación de alimentos; el apremio personal, tiene por finalidad, una mejor forma de tutela del derecho a percibir alimentos, que es lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos.

- A diferencia de la pena privativa de libertad, que implica mayores costos en tiempo procesal, así como dificultad para su operatividad, pues se traslada el conflicto visto primero en el proceso civil, al campo penal, con una variación de la estructura normativa y teórica; el apremio personal, no implica tal cambio normativo estructural, pues su aplicación como medida de apremio de ejecución de sentencia, se ejecuta dentro del propio proceso civil originario del proceso de alimentos, y además, el juez competente para su aplicación, es el mismo juez de ese proceso originario, y no otro ni de diferente especialidad, como es en el caso de la pena privativa de libertad, que se aplica por un juez penal, luego de haberse llevado el proceso penal respecto. Tal diferencia, implica sin lugar a dudas, que el apremio personal, es una medida más económica y más rápida en su aplicación, por lo que ofrece una mejor tutela al derecho a percibir alimentos.
- Ahora: (2), por otro lado, frente a la regulación de la privación de libertad como pena, su regulación como apremio personal, limita en menor medida los derechos que se limitan, esto es, la libertad del deudor alimentario, y el propio derecho a percibir alimentos, pues como también se ha visto de la tabla comparativa precedente, a diferencia de la pena privativa de libertad, las características que ofrece la medida de apremio personal, importan una limitación menor al derecho a la libertad personal de los deudores alimentarios y al propio derecho a percibir alimentos, puesto que por un lado, implica una privación de libertad con una temporalidad menor, como se ve en la legislación comparada, suele aplicarse primero por un periodo de entre 15 días, a diferencia de la pena privativa de libertad, que suele imponerse por periodos mínimos de 1 año. A diferencia de la

pena privativa de libertad, otra de las características que ofrece la medida de apremio personal, es que está orientada a no causar afectaciones graves en las posibilidades labores del deudor alimentario, lo cual es así, no solo por los cortos periodos de privación de libertad que emplea, y que van aumentando con un sentido de gradualidad en su aplicación, ante la persistencia del incumplimiento; sino que como se ve en la legislación chilena, previo a aplicarse una privación de libertad completa del deudor alimentario, se aplica una privación parcial, en horas de la noche y madrugada, desde las 22:00 hasta las 6:00 de la mañana, permitiendo con ello, no limitar en extremo la posibilidad de trabajo del deudor alimentario, para que pueda continuar prestando alimentos, siendo solo después de persistirse en el incumplimiento, que se dispone la privación total. Mientras que con la pena privativa de libertad, la privación de libertad es total y además por periodos extendidos, como mínimo de 1 año, que limita de modo total las posibilidades de que el deudor alimentario pueda trabajar por ese periodo y de ese modo, poder continuar cumpliendo con la prestación de alimentos. Cabe adicionar, que es precisamente esta situación, la que puede explicar que conforme a los resultados obtenidos en la presente investigación, hay una correlación negativa entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, pues precisamente, cuando hay privación de libertad, no es estimable que los deudores alimentarios puedan laborar y así continuar prestando alimentos a los alimentistas. Así, se tiene que efectivamente la medida de apremio personal, limita menos los derechos a la libertad de los deudores alimentarios, por importar limitaciones por



tiempos menos, bajo lógicas más razonables como la idea de gradualidad, y cuidando no importar mayores dificultades para las posibilidades laborales de los deudores alimentarios, todo lo cual, implica también una menor limitación al derecho a percibir alimentos, pues con ello se cuida de no generar dificultades para que pueda darse la prestación de alimentos producto de la privación de libertad de los deudores alimentarios. Y la característica con la cual puede establecerse con mejor razón, que la medida de apremio personal importa una menor limitación a los derechos a la libertad personal de los deudores alimentarios y al propio derecho a percibir alimentos de los alimentistas, es que dado que se trata de una medida para lograr la prestación de alimentos, el logro de esta finalidad importa el cese automático de la medida, por haber cumplido su finalidad; en cambio, con la pena privativa de libertad, aun cuando el deudor alimentario cumple con la prestación de alimentos por cuyo incumplimiento se le condenó, ello no hace cesar la privación de la libertad, debiendo los deudores alimentarios, cumplir con el tiempo completo de la pena impuesta, aun con las limitaciones que implica ello para el derecho a percibir alimentos de los alimentistas, dado que con la privación de libertad de los deudores alimentarios, se les imposibilita laborar y con ello continuar cumpliendo con el pago de las pensiones alimenticias a los alimentistas.

Bajo este análisis, resulta claro que la regulación de la privación de libertad como pena, no supera el sub principio de necesidad, puesto que su regulación como apremio personal, es una medida con implica una mayor idoneidad para el derecho que se fomenta e implica una menor limitación para los derechos que se limitan.

Con ello, es suficiente para establecer la ilegitimidad de mantener una regulación que aparece como poco adecuada para tutelar el derecho a percibir alimentos de los alimentistas; lo cual apoya a los resultados de la presente investigación, siendo que al haberse probado estadísticamente que hay una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad de los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, lo cual parece sugerir, que la aplicación de la pena privativa de libertad sería la causa de que en los casos de la muestra, no se haya podido dar la prestación de alimentos a los alimentistas, lo cual es concordante con la evaluación teórica y lógica, pues como se ha referido, es lógicamente esperable, que en estos periodos en que se privó de libertad a los deudores alimentarios, siendo su trabajo su medio para poder obtener ingresos y con ello cumplir con la prestación de alimentos, no haya podido en tales periodos cumplir con la prestación de alimentos, siendo por ello más bien, una dificultad o imposibilidad para que pueda darse la prestación de alimentos.

#### **5.6. Contratación con los resultados de otras investigaciones**

Ahora, contrastando los resultados obtenidos en la presente investigación con los resultados de las investigaciones que han servido como antecedentes, se tiene lo siguiente.

En la investigación de **Arce, R.** (2016), por la Universidad de Chile, denominada: La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica; se aborda el tema de la no procedencia del apremio de arresto, que es una medida de apremio personal de la legislación chilena, como se ha visto en el marco teórico, prevista para lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos, pero que no obstante, por aplicación de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, se dispuso también su aplicación, asimilando a los alimentos, al incumplimiento del pago de la compensación

económica, que consiste en el derecho que tiene uno de los cónyuges a pedir una compensación por el menoscabo económico sufrido como consecuencia de haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos y/o a las labores propias del hogar común no pudiendo por dicha causa haber realizado un trabajo remunerado o habiéndolo hecho en menor medida de lo que quería o podía (Berríos y Godoy, 2016). El problema jurídico de la referida investigación, fue precisamente la determinación de si era aplicable la medida de arresto para lograr el cumplimiento forzado de la compensación económica, que no tiene el mismo carácter de una deuda alimentaria, por lo que no estaría dentro del supuesto de excepción al principio de prohibición de la prisión por deudas prevista en la Constitución chilena y las normas y principios en el derecho internacional.

Y en ese sentido, en la referida investigación, se concluyó relevantemente en relación al objeto de estudio: 1) que referente a la excepción a los “deberes alimentarios”, la doctrina totalitaria, incluso quienes están a favor de la aplicación del apremio de arresto, indican que la compensación económica no es de naturaleza alimenticia, por lo cual dicha excepción no sería aplicable; 2) las posiciones doctrinales proclives a la aplicación del apremio de arresto se sustentan en la construcción de naturalezas jurídicas similares a las alimenticias, aun si no son propiamente de dicha naturaleza (por ejemplo, la naturaleza asistencial) o en necesidades prácticas de subsistencia, como del cónyuge más débil luego del divorcio.

En efecto, conforme a las conclusiones de esta investigación, se refirma que en la legislación chilena, se aplica el apremio de arresto, como una forma de prisión por deudas exceptuada de su prohibición por su Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, siendo precisamente el caso del derecho a percibir alimentos, la única situación en

que por su naturaleza, se legitima la aplicación de prisión por deudas, como se hace con la medida de arresto, para coaccionar a la prestación de alimentos.

Estas conclusiones, son concordantes con nuestra legislación, puesto que la Constitución Política del Perú, también prevé la excepción al principio de prohibición de prisión por deudas, a las deudas alimentarias, en su artículo 2, inciso 24, literal “c”, habiendo también nuestro país ratificado, los mismos tratados internacionales que Chile, como son la Convención Americana de Derechos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales también se establece la excepción al principio de prisión por deudas, a las deudas alimentarias; por ende, al igual como en el caso de Chile, en nuestro país, pueden aplicarse mecanismos que se ajustan al modelo de prisión por deudas, como excepción, solo para el caso de las deudas alimentarias, esto es, que puede aplicarse la privación de libertad como medio para lograr el cobro de la deuda alimentaria. Y en ese sentido, el mecanismo que tiene tal formulación, no es otro que el de la medida de apremio personal, regulado como “arresto” en el caso chileno, siendo por ende una medida legítima permitida constitucional y convencionalmente.

En ese sentido, se tiene que conforme a los resultados de la referida investigación, al tenerse la viabilidad del apremio personal, como se ha desarrollado teóricamente, ésta es una medida más adecuada para tutelar el derecho a percibir alimentos de los alimentistas, que la regulación de la privación de libertad como pena, aplicada a los deudores alimentarios, siendo quizá esa la razón, por la cual en el ordenamiento chileno, no se reprime penalmente el incumplimiento alimentario como un delito para así aplicar frente a ello una pena privativa de libertad (lo cual se hace, solo para los casos graves de abandono en los que se causa

lesiones graves o muerte al alimentista), precisamente, por que la medida de arresto importa una mejor forma de tutela.

Esto concuerda, con el sentido de los resultados obtenidos en la presente investigación, pues al haberse probado estadísticamente, una correlación negativa considerable entre las variables: (1) aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y (2) prestación de alimentos a los alimentistas, puede inferirse a partir de ello, que la aplicación de la privación de la libertad como pena a los deudores alimentarios, no es en efecto adecuado para tutelar el derecho a percibir alimentos, en el sentido de favorecer a la prestación de alimentos, siendo que por el contrario, parece limitar o impedir su acaecimiento, siendo por ello que en la muestra, mientras más se evidenció la primera variable, menos se dio la segunda.

De otro lado, tenemos la investigación de **Villa, C. (2017)**, por la Universidad de Chile, denominada: El Apremio de arresto civil y su relación con la prohibición internacional de la prisión por deudas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual, se abordó el tema de la relación que hay entre la aplicación del apremio de arresto civil de la legislación chilena, que como se ha visto, es una forma de apremio personal, con la prohibición internacional (y también constitucional) de prisión por deudas, siendo que básicamente, la referida investigación está orientada, a verificar la no adecuación a la referida prohibición constitucional y convencional, de las formas más generales de arresto civil de la legislación chilena, distintas a las por las cuales se exigen deudas alimentarias, como es el caso por ejemplo, para el caso de las compensaciones económicas en el divorcio o nulidad del matrimonio, de los fondos de AFP retenidos y por no pago de impuestos.

No obstante, se encuentran en dicha investigación, conclusiones relevantes al objeto de estudio de la presente investigación, tal como, que en el derecho comparado la tendencia ha sido a eliminar el arresto civil como forma de compeler al pago de obligaciones de dar pecuniarias, dejando a salvo sin embargo en gran parte de los países, esta restricción de libertad en caso de obligaciones de hacer o que se haya formulado, como criminalización de algunas conductas que si bien tienen relación con obligaciones pecuniarias, tienen como fundamento el fraude o el dolo con el que se cometieron, lo cual tiene relación con la situación del Perú, pues es uno de los países en los que no se ha optado por regular una medida de apremio personal, ni siquiera, para hacer frente al incumplimiento alimentario, cuando tal posibilidad es perfectamente viable conforme lo permite la Constitución Política del Perú, y los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte; y por el contrario, ha optado por seguir la línea, de regular el incumplimiento alimentario como delito, lo cual, conforme se sostiene en la presente investigación, no parece haber sido la mejor opción, puesto que la regulación de la privación de libertad como pena, conforme a los resultados de la presente investigación, no aparece como la medida más adecuada para lograr efectos positivos en el derecho a percibir alimentos.

Asimismo, otra de las conclusiones relevantes de la investigación en comento, fue que habrá que entender el arresto como la última *ratio*, puesto que hay medios distintos al mismo con los cuales se logra el cumplimiento de una deuda, tal así el derecho de prenda general o la institución de la *astreinte*, considerando que al carecer para su aplicación, de reglas o estándares lo suficientemente delimitados, se emplean criterios meramente apreciativos que potencialmente podrían generar malos resultados, como la privación o restricción de la libertad personal, siendo que el arresto civil es efectivo pero asimismo el

medio más gravoso; esta conclusión, se contrasta con que en el caso peruano, aun pese a que se tiene una regulación del uso de la privación de la libertad de los deudores alimentarios más gravosa, bajo la forma de pena privativa de libertad, no se reflexiona lo suficiente sobre el carácter sumamente gravoso de esta opción para pretender con ella dar tutela al derecho a percibir alimentos, siendo así que, si como lo concluye la investigación en comento, ha de entenderse a la medida de arresto bajo la idea de *última ratio*, buscando antes de su aplicación si el conflicto puede ser solucionado suficientemente con otras medidas menos lesivas, en el caso de la pena privativa de libertad, tal consideración debería ser aún mayor, pues bajo este sentido de *última ratio*, solo podría establecerse una regulación de la pena privativa de libertad, cuando la medida de apremio personal no pueda enfrentar suficientemente el incumplimiento alimentario, lo cual no se da en el caso peruano, lo que hace evidente, la ilegitimidad de mantener la opción de la privación de libertad como medida para ofrecer tutela al derecho a percibir alimentos, mucho más, se conforme a los resultados de la presente investigación, existe una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas.

Por otra parte, tenemos la investigación de **Méndez, S.** (2014), por la Universidad Central del Ecuador, denominada: El apremio personal su aplicación y restricción en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. En la referida investigación, se aborda el tema del apremio personal regulado en la legislación ecuatoriana, conforme a su regulación en el referido cuerpo normativo. Entre las conclusiones relevantes de la referida investigación, se tiene primero, que en efecto, dada la naturaleza especial del derecho de alimentos, para asegurar su efectividad, el legislativo ecuatoriano ha otorgado una serie de herramientas para

lograr el cumplimiento de las obligaciones alimenticias a través de medios coercitivos llamados apremios, lo cual es concordante, con que en efecto, en la legislación comparada, se reconoce que tal medida es más apropiada para lograr la efectividad de la prestación de alimentos, que otras formas de empleo de la privación de libertad, como bajo la forma de pena, siendo por ello, que en la legislación ecuatoriana, tampoco se ha regulado el incumplimiento alimentario como delito, precisamente, bajo el entendimiento de que la medida de apremio personal es la medida más efectiva.

Esto, también refuerza el sentido de los resultados obtenidos en la presente investigación, sobre la existencia de una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, de lo cual podría inferirse, que en efecto la regulación de la privación de libertad como pena, no es la medida más adecuada combatir el incumplimiento alimentario.

Otra de las conclusiones relevantes del referido estudio, es que la medida de apremio implica una normativa inhumana, radical y contraria a los derechos fundamentales del obligado alimentario, al tratarse de un trato discriminatorio que atenta contra la familia, célula fundamental de la sociedad, al causar empobrecimiento, rompimiento de la pareja y el fomento de una paternidad irresponsable; pero a la vez, concluye que sobre las medidas de ejecución de las resoluciones judiciales que fijan alimentos, su buen uso puede permitir que las pensiones de alimentos fijadas por resoluciones judiciales se cumplan en la práctica, lo cual demanda una debida adecuación del problema en los supuestos normativos, especialmente en materia de prueba.

Como puede verse, este autor concluye sobre la drasticidad de la aplicación del apremio personal en los casos de incumplimiento alimentario, pero también, concluye que



con una debida aplicación, es en efecto una efectiva herramienta para lograr el pago de las pensiones alimenticias, lo cual tiene contraste con nuestros resultados, en el sentido de que aun cuando este autor trata sobre la medida de apremio personal, se reflexiona sobre la drasticidad que implica y sobre la necesidad de su adecuación y razonabilidad para lograr su objetivo, que es la satisfacción del derecho a percibir alimentos con el logro del pago de las pensiones alimenticias adeudadas, a lo cual no se dirige la regulación de la privación de libertad como pena, ni se reflexiona lo suficiente sobre su adecuación para hacer frente al incumplimiento alimentario dados los efectos más perniciosos que trae en comparación con el apremio personal, siendo que si bien como lo refiere el autor, con la medida de apremio, puede echarse abajo la familia, producto del empobrecimiento y ruptura de la pareja y de la asunción de una paternidad irresponsable, es de esperarse, que con la pena privativa de libertad, tales efectos sean aún peores, por lo que si conforme a los resultados obtenidos, no hay tampoco una relación positiva entre la aplicación de la pena privativa de libertad y el logro del cumplimiento de la prestación de alimentos, la regulación como pena de la privación de libertad aparece como una medida poco apropiada y más bien problemática frente a otras posibilidades, como la medida de apremio personal, que no obstante también ser drástica, importa mejores condiciones para la satisfacción del derecho a percibir alimentos de los alimentistas.

Tenemos también, la investigación de **Salazar, M.** (2014), por la Universidad Autónoma de los Andes “UNIANDES” de Ecuador, denominada: El apremio personal en el juicio de alimentos y el derecho al trabajo. En esta investigación, en la cual también se aborda del tema de la medida de apremio personal del derecho ecuatoriano, una de las conclusiones relevantes del autor, es que de las personas encuestadas, hay un gran porcentaje de acuerdo

con que se deba sustituir la medida cautelar de la privación de la libertad por una medida menos severa o que se aplique pero de forma regulada, ampliándose su tiempo de giro, a lo cual se agrega, su conclusión de que de la gran mayoría de las personas encuestadas que han sufrido privación de libertad, tuvieron distintos problemas en su trabajo, la mayoría lo perdió, implicando una complicación de su situación.

Las conclusiones de esta investigación, se relacionan con los de la presente, en tanto que aun cuando se refiere a la aplicación de la privación de libertad de los deudores alimentarios como apremio personal, denota la necesidad de su razonable aplicación y además, los problemas que también suele implicar, principalmente, para el trabajo de los deudores alimentarios quienes fueron materia de encuesta en la referida investigación, muchos de ellos, quienes perdieron su trabajo.

Esto trae a colación, que si con la regulación de la privación de libertad como medida de apremio personal, se verifican afectaciones de este tipo, su regulación como pena, que implica características menos adecuadas, como se ha visto precedentemente, por ejemplo, que implica periodos más largos de privación de libertad, como suele ser, mínimo de 1 año, y que aún cuando el deudor alimentario cumple con el pago de las pensiones alimenticias, no se le puede otorgar libertad por la falta de previsión legal y la rígida estructura de la regulación penal, es esperable que con la aplicación de la privación de libertad como pena, la cantidad de problemas para los deudores alimentarios sea mayor, fundamentalmente, en cuanto a las posibilidades de trabajo, en tanto que en la gran mayoría de los casos, solo con su trabajo, es como pueden agenciarse de los medios para poder cumplir con el pago de las pensiones alimenticias devengadas.

Y en efecto, esto se relaciona con nuestros resultados, en el sentido de que habiéndose verificado que hay una correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, esto puede explicarse, conforme lo ha puesto de manifiesto la investigación en comento, en los problemas que precisamente causa la privación de la libertad a los deudores alimentarios, quienes por el periodo que se encuentran cumpliendo su pena, por su encierro, no pueden trabajar y así agenciarse de medios para continuar cumpliendo con el pago de las pensiones alimenticias, lo cual sería, un factor que explicaría por qué esta correlación en la presente investigación es negativa, siendo que si con la medida de apremio personal se denotaron estos problemas, es estimable, que con nuestra regulación de la privación de libertad como pena, estos problemas sean mayores, ocasionando que por la propia aplicación de la pena privativa de libertad, se limite o imposibilite la prestación de alimentos a los alimentistas.

Se tiene también, la investigación de **Carpio, C.** (2007), por la Universidad de Costa Rica, denominada: *Apremio corporal en materia de pensiones alimentarias: ¿Solución o problema?* En esta investigación, donde se aborda el tema del apremio corporal de la legislación costarricense, que es también una medida de apremio personal conforme se ha desarrollado en el marco teórico, de las conclusiones más relevantes del autor, se tiene que: 1) en primer lugar, el autor concluye que la institución del apremio corporal por pensiones alimentarias tiene una regulación aceptable en la legislación de Costa Rica y un buen desarrollo jurisprudencial por la Sala Constitucional, pero que sin embargo, en la actualidad no reporta una salida efectiva al problema del incumplimiento de las pensiones alimentarias; 2) en segundo lugar, concluye que no obstante a su regulación legal, la medida de apremio

corporal, por si sola, está lejos de ser una solución al problema del no pago de las obligaciones alimentarias, y; 3) por último, que muy por el contrario, la aplicación de la privación de libertad como medida para hacer frente al incumplimiento alimentario, generan aún más problemas, como la suspensión de la obligación de prestar alimentos del deudor alimentario en el tiempo en que se encuentra privado de su libertad en un centro penitenciario, generando con ello, que los alimentistas no tengan de igual forma como satisfacer sus necesidades.

Como puede verse, los resultados de esta investigación, también son concordantes con denotar la gravedad que pueda implicar la aplicación de la privación de libertad como medida de apremio personal, estando a que por sí sola no es la solución para resolver el problema del incumplimiento alimentario, y que suele generar aún más problemas, fundamentalmente, el que dentro del periodo en que el deudor alimentario se encuentra privado de su libertad, la obligación de brindar alimentos se suspende, siendo así que estando privados de su libertad, no van a poder trabajar ni tener con que pagar las pensiones alimenticias adeudadas; lo cual, se relaciona a los resultados de la presente investigación, en el sentido de que, si con la aplicación de la privación de libertad como medida de apremio personal, que implica características más adecuadas a su regulación como pena, precisamente, que implica periodos más cortos de privación de libertad y de aplicación gradual de su gravedad, así como que su objeto es el logro del pago de las pensiones alimenticias, cesando sus efectos al lograrse este pago, se han verificados estos problemas y fundamentalmente, que genera una dificultad para el pago de las pensiones de alimentos; es esperable, que con la regulación de la privación de libertad como pena, como se aplica en nuestro país, cuyo tiempo de duración es más largo, que suele ser mínimo de 1 año, sin aplicación gradual y cuyo objeto no se dirige a lograr el pago de las pensiones alimenticias materia del proceso penal ni cesa sus efectos al lograrse

este pago, el acaecimiento de estos problemas sean mayores, y precisamente, que fuera un factor que al contrario de contribuir, dificulta la prestación de alimentos, lo cual es el sentido que puede inferirse con los resultados de nuestra investigación, al tenerse en efecto, una correlación negativa entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, lo cual daría fundamento, para pensar que esta relación probada estadísticamente, pueda implicar causalidad, esto es, que la aplicación de pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, es un factor causal que por el contrario, dificulta el pago de las pensiones alimenticias a los alimentistas, lo que habría que no sea la medida más adecuada para hacer frente al incumplimiento alimentario.

Asimismo, se tiene la investigación de **Maris, S.** (2006), por la Universidad Abierta Interamericana, denominada: El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos. En esta investigación, el autor concluye, que no es plausible el aumento de la sanción penal por el incumplimiento alimentario, ni aconsejable que en la mayoría de casos se condene a una prisión efectiva, ni que se aplique la misma en su forma más perjudicial, pues ello solo implica mayores dificultades, tal como la pérdida de la fuente de ingresos del obligado alimentario y de su libertad ambulatoria, lo que pena a los alimentistas en una situación económica y emocional mucho más grave que las que tenían cuando se dio el incumplimiento alimentario y posterior privación de libertad del obligado alimentario.

Como puede verse, los resultados de esta investigación, también sustentan el mismo sentido de las investigaciones anteriores, de considerar la gravedad que puede implicar la aplicación de la privación de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, pero en este caso, precisamente, se refiere a su aplicación como pena privativa de libertad,

denotando las dificultades que conllevaría, de entre ellas, la pérdida de las fuentes de ingreso del deudor alimentario, que importa generar dificultades para que pueda continuar trabajando, y así, con ello, prestando alimentos a los alimentistas, siendo por ello, que aconseja para evitar estas dificultades, que no es loable que en todos los casos se aplique una pena privativa de libertad efectiva; lo cual, es plenamente concordante con nuestros resultados, puesto que la correlación negativa considerable verificada entre la aplicación de la privación de la libertad y la prestación de alimentos, denota precisamente, lo desfavorable que puede ser la aplicación de la privación de libertad para el logro de la prestación de alimentos, siendo que por el contrario, en los casos en los que no se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, que fueron la mayoría, se evidenció mayor cumplimiento de la prestación de alimentos a los alimentistas, lo cual podría deberse también, como lo indica la investigación en comento y las que la han antecedido, aunque se refieren al apremio personal, a que la aplicación de la pena privativa de libertad, genera en efecto graves problemas como la limitación a las posibilidades laborales del deudor alimentario, implicando la imposibilidad de que pueda continuar prestando alimentos, siendo por ello, que habría sustento también, para inferir que la correlación probada estadísticamente, implique causalidad, en el entendido, de que sería la aplicación de la privación de libertad de los deudores alimentarios, lo que estaría generando, por los problemas que implica sobre todo para el deudor alimentario y sus posibilidades laborales, que no pueda darse la prestación de alimentos a los alimentistas, de lo cual se evidenciaría también, que la regulación de la privación de libertad como pena, no sería la más adecuada para tutelar el derecho a percibir alimentos.

Ahora, de las investigaciones nacionales, se tiene mi investigación (**Rojas, F.**, 2017), por la Universidad Nacional de Trujillo, denominada: Justificación del cese de la pena por omisión alimentaria como consecuencia del pago de lo adeudado. En esta investigación, se abordó bajo el método dogmático jurídico, un problema específico recurrente en la práctica judicial, derivado de la inadecuación de la regulación del uso de la privación de libertad como pena para hacer frente al incumplimiento alimentario: el problema de los deudores alimentarios condenados por el delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal, que estando privados de su libertad, sea porque se les impuso pena privativa de libertad efectiva o que se efectivizó tras revocarse la suspensión de la pena, cumplían con el pago de las pensiones alimenticias por las cuales se les procesó, y en base a ello, solicitaban su libertad, entendiéndolo que habiendo cumplido con el pago de las pensiones alimenticias, siendo ese el fin último que se busca respecto al derecho a percibir alimentos, la continuidad de su privación de libertad carecía de objeto, mucho más, por la limitación que implicaría para que puedan trabajar y continuar prestando alimentos. En ese sentido, abordando el problema con el método dogmático jurídico, esto es, partiendo de las disposiciones normativas válidas en nuestro ordenamiento jurídico y las técnicas de interpretación adecuadas, se concluyó: 1) que el delito de omisión de prestación de alimentos, más que a una tutela protectora del derecho a percibir alimentos, se orienta a una tutela reparadora, utilizando la pena privativa de libertad como medio para coaccionar al obligado alimentario a cumplir con las pensiones alimenticias adeudadas e indemnización, haciendo que la tutela protectora sea subsidiaria para los casos en los que no es posible reparación; 2) que en los casos en los que los condenados por el citado delito cumplen con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la indemnización a consecuencia de ser privados de su

libertad, se materializa una tutela reparadora del derecho a percibir alimentos, haciendo desproporcionada una tutela protectora, y; 3) que evaluando la constitucionalidad concreta de la privación de libertad de los condenados en estas circunstancias, a través del principio de proporcionalidad, la continuidad de tal restricción resulta desproporcionada e inconstitucional, habilitando que se pueda disponer su cese, otorgando libertad a los condenados.

Lo relevante de los resultados de la referida investigación, es que en efecto, se da cuenta que en la práctica judicial peruana, se emplea el uso de la pena privativa de libertad a través del delito de omisión de prestación de alimentos, como una forma material de coaccionar al deudor alimentario para que cumpla con la prestación de alimentos a los alimentistas, siendo por ello, que como se ha desarrollado en el marco teórico, la Corte Suprema de la República, en el Expediente N° 6473 – 1997 – Lima, ha establecido que en los procesos de alimentos, la sentencia judicial no se ejecuta por sí sola, sino mediando resolución conminatoria, en los que el alimentista puede optar entre el embargo y **la amenaza punitiva** (Ramos, 2013) (Letra negrita agregada), siendo por ello, que el legislador ha previsto con el artículo 566 – A del Código Procesal Civil, la posibilidad del alimentista o su representante, de requerir ante el incumplimiento alimentario, como opción a la ejecución civil, el requerimiento al deudor alimentario bajo apercibimiento de ejercerse la acción penal, coaccionando con ello al obligado para que cumpla con el pago de las pensiones alimentarias, esto es, que se utiliza la acción penal, no para fines protectores y de última ratio cuando ya no hay posibilidad de reparación, sino como un medio de “tutela resarcitoria”, esto es, reparadora.



Y es por ello, que atendiendo a: 1) la historia de la utilización de la privación de libertad como medio para tutelar el derecho a percibir alimentos; 2) la finalidad política de la criminalización del incumplimiento alimentario; 3) las particularidades que el conjunto normativo, entendido como sistema de con reglas y fundamentalmente de principios, le dan a la regulación penal que tutela el derecho a percibir alimentos, fundamentalmente, la regulación convencional y constitucional del derecho a percibir alimentos, de lo cual surge su carácter de derecho humano y fundamental, así como; 4) las propiedades del derecho a percibir alimentos que subyace a la regulación penal del incumplimiento alimentario, como una norma principio dentro del paradigma ius filosófico del Neo constitucionalismo; empleando por ello, los métodos de interpretación histórico, teleológico y sistemático, y además, para la elección, el método de interpretación constitucional a través de la técnica del test de proporcionalidad; se llegó a determinar, que el delito de omisión de prestación de alimentos, más que a una tutela protectora del derecho a percibir alimentos, se orienta a una tutela reparadora, utilizando la pena privativa de libertad como medio para coaccionar al obligado alimentario a cumplir con las pensiones alimenticias adeudadas e indemnización, haciendo que la tutela protectora sea subsidiaria para los casos en los que no es posible reparación.

En efecto, tal conclusión, aplicando el método dogmático jurídico, implica una construcción argumentativa que reformula, a través de la interpretación jurídica, el sentido de los materiales normativos objeto de interpretación, empero, que tomados en su sentido formal expreso y textual, sin aplicar dicha interpretación, se evidencia que la regulación de la aplicación de la pena privativa de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario es deficiente, pues no toma en cuenta las circunstancias antes referidas, ni mucho menos, los

efectos perniciosos que puede generarse con su aplicación, como fue el abordado como problema de investigación en el referido estudio, respecto a la falta de una previsión legal que permita otorgar libertad, o lo que es lo mismo, cesar la privación de libertad, a los deudores alimentarios que cumplieron con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas por cuyo incumplimiento se les aplicó la pena, siendo que tal mantenimiento de la privación de la libertad, cuando los deudores alimentarios ya han cumplido con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, resulta, como también se concluyó en la investigación en comento, desproporcionada e inconstitucional, atendiendo principalmente, a que como también se ha dado cuenta en las investigaciones antecedentes de otros países, es esperable que en estos periodos en que se mantiene a los deudores alimentarios privados de su libertad, éstos se vean impedidos de trabajar, y por ello, impedidos también de agenciarse de ingresos para poder así cumplir con prestar alimentos a los alimentistas.

Esto también termina corroborando el sentido de los resultados de la presente investigación, en el entendido de que en efecto hay sustento para inferir que la correlación probada estadísticamente, implique causalidad, en el entendido, de que sería la aplicación de la privación de libertad de los deudores alimentarios, lo que estaría generando, por los problemas que implica sobre todo para el deudor alimentario y sus posibilidades laborales, que no pueda darse la prestación de alimentos a los alimentistas, de lo cual se evidenciaría también, que la regulación de la privación de libertad como pena, no sería la más adecuada para tutelar el derecho a percibir alimentos; siendo que, el resultado general obtenido en la investigación en comento, fue una construcción argumentativa a través del método dogmático jurídico, que permite aplacar las consecuencias irrazonables y desproporcionales de la regulación actual de la privación de libertad del deudor alimentario como pena para

hacer frente al incumplimiento alimentario, favoreciendo así una práctica jurídica y judicial justa.

No obstante, ello no relega la inadecuación de la regulación de la privación de libertad como penal para hacer frente al incumplimiento alimentario, siendo por ello que en las recomendaciones de la investigación en comento, se propuso que debería apostarse de *lege ferenda*, por una regulación de la prisión por deudas alimentarias en la vía civil, concentrando el proceso en una sola vía, con un solo juez que conozca el caso desde una perspectiva completa, tanto desde la óptica civil, penal y constitucional, ya que de esta forma se sincera realmente la finalidad reparadora del derecho a percibir alimentos que imprime el ordenamiento jurídico y se reducen las trabas procesales para dotarle de una mayor efectividad, sin descuidar las garantías del obligado, teniendo como referente en la legislación comparada a la fórmula ecuatoriana -a lo cual debe agregarse, también, la fórmula chilena, boliviana y costarricense-, debiendo desarrollarse mejores criterios legales para su debida aplicación.

Por otro lado, se tiene la investigación de **Amanqui, E.** (2017), por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, denominada: Facultad coercitiva personal de los Juzgados de Familia y de Paz Letrado para la ejecución inmediata de sus sentencias ante el incumplimiento de la obligación alimentaria en la provincia de San Román – Puno, 2011-2012. En esta investigación, se planteó básicamente, determinar que debería otorgarse la facultad coercitiva personal a los juzgados de familia y paz letrados para la ejecución de sus sentencias de alimentos, haciendo referencia a una provincia y temporalidad determinada. Lo relevante de la referida investigación, se encuentra, por un lado, en que aborda el tema de la facultad coercitiva personal, que, aunque es definida por el autor, como:

Las facultades coercitivas son todas aquellas restricciones al ejercicio de los derechos (personales o patrimoniales) del inculpado o de terceras personas, que son impuestas o adoptadas **en el inicio y durante el curso del proceso penal** tendiente a garantizar el logro de sus fines, que viene a ser la actuación de la ley sustantiva en un caso concreto, así como la búsqueda del esclarecimiento de los hechos sin tropiezos (Amanqui, 2017, p. 37). (Letra negrita agregada).

Haciendo asimismo referencia en su marco teórico, a esta facultado como relativa a las medidas cautelares de coerción personal en el proceso penal, muy bien puede considerarse, que hay una relación analógica entre estas medidas y los apremios personales de la legislación comparada, como se ha visto en el marco teórico, siendo que tienen en común, que puedan implicar la privación de libertad del deudor alimentario, a efectos de presionarlo para lograr la prestación de alimentos a los alimentistas, y que, es una forma de aplicación de la privación de libertad, distinta a la forma de una pena privativa de libertad.

Así las cosas, un aspecto relevante de la referida investigación, se encuentra en los resultados estadísticos obtenidos, siendo que al igual que la presente investigación, se aplicó la técnica de la encuesta a alimentistas respecto de quienes se incumplió la obligación alimentaria y también a abogados defensores que litigaron en casos de incumplimiento de obligaciones alimentarias; teniéndose, que de la muestra de 53 alimentistas, se les preguntó sobre si se genera el incumplimiento de la obligación alimentaria por la carencia de un mecanismo coactivo personal eficaz para la ejecución inmediata de las sentencias de alimentos por los mismos juzgados de familia y de paz letrados, de los cuales, 52 de ellos (98%), contestaron que si, y además, se les preguntó también, sobre si en su opinión, estarían de acuerdo con que se otorgue la facultad coercitiva personal a los juzgados de familia y de

paz letrados ante el incumplimiento de sentencia de alimentos por el obligado, a lo cual, 51 de ellos (96%), contestaron que sí, y en el caso de los abogados, siendo una muestra de 30 individuos, en referencia al primer cuestionamiento, 26 de ellos(87%) contestaron también que si, mientras que en referencia al segundo cuestionamiento, 22 de ellos (73%), respondieron que sí.

Esto resulta relevante, porque si bien, el sentido de las encuestas aplicadas, más que a dar cuenta sobre hechos de los cuales tenían conocimiento los encuestados (como se ha hecho en la presente investigación), como referentes objetivos, se ha preguntado por opiniones sobre si la falta de una medida coercitiva personal eficaz para la ejecución de las sentencias de alimentos genera el incumplimiento de la obligación alimentaria, así como si se estaría de acuerdo con que se otorgue la facultad de aplicar estas medidas a los juzgados de familia y de paz letrados, los resultados denotan, que hay una opinión positiva en la muestra evaluada, de que se regule una forma de aplicación de la pena privativa de libertad para hacer frente al incumplimiento alimentario, más efectiva que como pena privativa de libertad, que es precisamente, de forma análoga a una medida coercitiva personal, la medida de apremio personal de la legislación comparada, por ser más adecuada para combatir el incumplimiento alimentario que la pena privativa de libertad, como se sugiere discutiendo los resultados de la presente investigación.

Y en ese sentido, se comparten las conclusiones sostenidas en la investigación en comento, primero, respecto a que urge la necesidad de otorgar facultad coercitiva personal a los Juzgados de Familia y de Paz Letrados, bajo apercibimiento de privar de libertad al deudor alimentario, hasta el pago total de las pensiones alimenticias adeudadas a favor del alimentista, no obstante, que lo que se sugiere en la presente investigación, es la regulación

del apremio personal de la legislación comparada; y asimismo, con que resulta legítima esta posibilidad, conforme al artículo 2, inciso 24, literal “c” de la Constitución, así como con las otras normas de derechos humanos que exceptúan a las deudas alimentarias del principio de prohibición de prisión por deudas.

Se tiene también, la investigación de **De la Cruz, K.** (2015), por la Universidad Privada Antenor Orrego, denominada: La no aplicación de la suspensión de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar. En esta investigación, se propuso determinar si sería conveniente la no aplicación de la suspensión de la pena -esto es, ergo, la aplicación de pena privativa de libertad efectiva-, en las sentencias por el delito de omisión a la asistencia familiar –en puridad, por el delito de omisión de prestación de alimentos, previsto en el artículo 149 del Código Penal-, en tanto el obligado no haya cumplido con el pago de la liquidación de pensiones alimenticias que dio origen al proceso correspondiente, esto es, en buena cuenta, determinar si sería o no conveniente aplicar pena privativa de libertad efectiva a los deudores alimentarios que se mantuvieron en el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por las cuales se les condenó. Entre las conclusiones de esta investigación, se tiene que el autor concluye, primero: 1) que el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena en las sentencias por el delito de omisión de prestación de alimentos no es conveniente estando a que el deudor alimentario se vale de este beneficio para alargar la cancelación de las pensiones alimenticias liquidadas o para solo pagar en forma parcial, empleando figuras como la rehabilitación prevista en el artículo 59 del Código Penal, quedando relegado el derecho de alimentos del alimentista, reconocido constitucional e internacionalmente, apreciándose de la realidad, una desprotección a este derecho pese a tener una sentencia que ordena el pago de las pensiones y de existir medios para lograr su

efectivo cumplimiento; y segundo, 2) que estando a la naturaleza del bien jurídico tutelado que es el derecho de alimentos y a que se verifica que las sentencias en las que se otorga pena suspendida son ineficaces, no es adecuado que se otorgue este beneficio de suspensión de la pena en los casos que el obligado alimentario, al momento de emitir la sentencia, no haya cancelado las pensiones alimenticias adeudadas que dieron origen al proceso penal o cuando no está al día en el pago de las pensiones de alimentos fijada en la sentencia extra penal de alimentos.

Como se advierte de las conclusiones de esta investigación, no se comparten puesto que resultan insuficientes dado el alcance planteado por la investigación, siendo que como se advierte, se concluye que no resulta conveniente que los jueces dispongan la suspensión de la ejecución de la pena en los casos por el delito de omisión de prestación de alimentos, cuando los deudores alimentarios se han mantenido en el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por las cuales se les procesó penalmente, lo cual se entiende, en el sentido de que en vez de la suspensión, con la aplicación de pena privativa de libertad efectiva, se lograría un mayor efecto respecto a la prestación de alimentos, empero no se evalúa, la plausibilidad de estos efectos, conforme si se hace en la presente investigación, a partir de la exposición ius filosófica y teórica sobre los fines de la pena, y que además, se ha empleado prueba estadística para tener un referente objetivo para afirmar que se tiene una correlación negativa significativa entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, según lo cual, lo que se concluye en la investigación, sería discutible, puesto que con la aplicación directa de la privación de libertad, es posible, que por el contrario, ello conlleve a mayores dificultades

para que el deudor alimentario pueda cumplir con el pago de las pensiones alimenticias, al no poder laborar en el periodo en que se encuentra privado de su libertad.

En ese sentido, conforme se viene recalcando en las investigaciones precedentes, para disponer la aplicación de una pena privativa de libertad efectiva, debe tenerse suma cuidado y emplearse como última medida, dando por el contrario, mayor preferencia a aplicar una alternativa a la pena privativa de libertad que permita facilitar el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, y solo si esto falla, disponer la privación de libertad, por ejemplo, revocando la suspensión. Pero además, debe reflexionarse, sobre que una vez dispuesta la privación de libertad, no se cuenta de modo explícito, con una previsión legal que permita otorgar libertad a los deudores alimentarios, por lo que la aplicación de pena privativa de libertad, podría desencadenar por su propia estructura, que el deudor alimentario continúe incumpliendo la prestación de alimentos.

Por último, se tiene la investigación de **Condori, M.** (2012), por la Universidad Católica de Santa María, denominada: La acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas en la provincia de San Román, año 2011. En esta investigación, se propuso conocer la clase de pena que se solicita en las acusaciones fiscales por el delito de omisión de asistencia familiar –en puridad, delito de omisión de prestación de alimentos, regulado en el artículo 149 del Código Penal- y las consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los menores alimentistas. Lo relevante de esta investigación, es que del análisis de carpetas fiscales y la aplicación de cuestionarios a las madres de los menores alimentistas, para verificar las consecuencias económicas, sociales y jurídicas de los alimentistas en la Provincia de San Román, se llegó a concluir: 1) que debería aplicarse como política criminal del Estado



peruano, por sus diversos ministerios, como el Ministerio de Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social y de la Mujer, Ministerio de Salud, Ministerio de Vivienda, entre otros, a través de sus programas sociales, como son “A Trabajar Urbano”, “Juntos”, entre otros, y en coordinación con el Poder Judicial, programas de asistencia social en los cuales se les dé a los obligados alimentarios sentenciados prioridad para que puedan trabajar en dichos programas y de forma remunerada, implicando que estos ingresos, no más del 60% de los mismos, sean aplicados para satisfacer sus deudas alimentarias; 2) que son pocos los casos donde el deudor alimentario prefiere cumplir una pena, mucho más una con privación de libertad efectiva, antes que cumplir su obligación alimentaria, considerando que en la realidad, las sanciones penales no favorecen el “no pago” sino que efectivizan el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Respecto a la primera conclusión, muestra también en efecto, un contraste positivo con los resultados de la presente investigación, puesto que el autor denota la importancia, de que el Estado priorice incluir en sus programas sociales de promoción del empleo a los deudores alimentarios, para que con ello pueda favorecerse el que puedan laborar, y con ello, cumplir con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, lo cual es concordante también, con lo sostenido en otra investigación precedente, de que las regulaciones legales de privación de libertad, son por si solas insuficientes para hacer frente al problema del incumplimiento alimentario, requiriéndose, del complemento con otros aspectos, como el que propone el autor, respecto al fomento de políticas de inclusión laboral para los deudores alimentarios, a efectos de que puedan agenciarse de recursos para con ello cumplir con el pago de las pensiones alimenticias que adeudan. Esta conclusión también denota, que en efecto, debe verse el conflicto alimentario más allá de desde la mera verificación normativa

si se cumplió o no con la prestación, puesto que si no se reflexiona o preocupa, al momento de aplicar una medida, por las condiciones laborales del deudor alimentario, puede llegarse a aplicar indiscriminadamente medidas que limiten sus posibilidades de continuar cumpliendo con las pensiones alimenticias adeudadas, truncando con ello las posibilidades reales para que pueda darse la satisfacción del derecho a percibir alimentos.

Sobre la segunda conclusión, respecto a que son pocos los casos donde el obligado prefiere afrontar una pena e incluso una sanción efectiva de libertad que satisfacer la resolución judicial de alimentos, esto también se corresponde con los resultados de la presente investigación, pues se denota, que de la muestra de 191 alimentistas, se identificó que solo a 59 de ellos se le aplicó pena privativa de libertad, lo que indica, que a los otros 132 a los que no se les aplicó, que son la mayoría, puede deberse, a que en efecto, su cumplimiento de la prestación de alimentos fue más regular o en mayor medida, lo que se explica, como lo indica el autor, en que lo podrían haber hecho de esta forma para evitar la privación de libertad efectiva. No obstante, el autor también concluye, que con ello se demuestra, que son ideas erradas que las sanciones penales no promueven el “no pago”, sino que por el contrario, efectivizan el cumplimiento, respecto de lo cual, no se está de acuerdo, dado que a esta generalización se lleva, porque son más las personas que cumplen con la prestación de alimentos al ser procesados penalmente, empero no evalúa, si sería igual de proporcional este cumplimiento, luego de si habérseles aplicado efectivamente a los deudores alimentarios la pena privativa de libertad, lo cual si se verificó en la presente investigación, probándose estadísticamente, la correlación negativa considerable entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas, y que es coherente con el abordaje ius filosófico y teórico, además de con los

resultados de las otras investigaciones, tanto en el ámbito internacional, como nacional, como se ha abordado precedentemente.

Con visto precedentemente, se tiene que en cuanto a los criterios de **credibilidad** y **analogía**, hay en efecto concordancia entre la correlación estadística obtenida y el conocimiento ius filosófico y teórico visto, así como que hay cierta correspondencia con los resultados de otras investigaciones, lo cual sirve, para formular un juicio de inferencia causal a modo de discusión de los resultados, sobre que la correlación negativa considerable probada entre la variable: (1) Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, y la variable: (2) Prestación de alimentos a los alimentistas, puede significar probablemente, que la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, es el factor que causa que en ciertos casos considerables, estos no puedan cumplir con la prestación de alimentos a los alimentistas.

Y siendo esto así, pueda afirmarse, que la regulación de la privación de libertad como pena, no sería la medida más adecuada para hacer frente al incumplimiento alimentario, siendo la medida más adecuada, y con la cual debería reemplazarse, es con la regulación del uso de la privación de libertad, pero no como pena, sino como medida de apremio personal, tomando las características más adecuadas de los modelos que se tienen en el derecho comparado.

## **VI. Conclusiones**

**6.1.** Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

**6.2.** Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

**6.3.** Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

**6.4.** Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.

## **VII. Recomendaciones**

Estando a los resultados obtenidos y conforme a la discusión que se ha hecho de los mismos, se propone que para solucionar el grave problema detectado, debe modificarse la legislación y la perspectiva de la misma, conforme se desarrolla a continuación, pero además, se propone una modulación provisional de los efectos de la legislación actual para reducir la problemática en tanto no se dé la modificación legislativa, que pueda aplicarse desde ya por parte de los operadores jurídicos, con una visión interpretativa. En ese sentido, se pasa a desarrollar ambas propuestas.

### **7.1. Propuesta de modificación de la legislación**

Se propone, modificar el artículo 149 del Código Penal, que regula el delito de omisión de prestación de alimentos, cuya descripción normativa actual es:

Omisión de prestación de alimentos

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

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

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte

El texto modificatorio que se propone para el citado artículo es:

Elusión fraudulenta de la obligación alimentaria y abandono grave

Artículo 149°.- El que, para omitir cumplir su obligación de prestar los alimentos, simula otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

El que, omite cumplir su obligación de prestar los alimentos, resultando de ello la lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, será reprimido con pena privativa de libertad 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.

***Explicación***

Con esta modificación, se deroga prácticamente, la criminalización del mero incumplimiento alimentario como delito, que pasaría a ser materia de la medida de apremio personal, conforme se propone más adelante, dejando subsistente la aplicación del poder punitivo, para las acciones dolosas de elusión fraudulenta de la obligación alimentaria y para los casos de incumplimiento que causen consecuencias graves para el alimentista, las cuales se contemplan como agravantes en la legislación actual, lo que se corresponde con la idea de *última ratio* del derecho penal, que se reserva su aplicación para las conductas de mayor reprochabilidad y lesividad, y que además, es acorde a las fórmulas empleadas en el derecho comparado, que relegan la aplicación del poder punitivo también para estas conductas más reprochables y lesivas, y no solo el mero incumplimiento alimentario.

Asimismo, se propone modificar el artículo 566-A del T. U. O. del Código Procesal Civil, incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 28439, publicada el 28 de diciembre del 2004, cuya descripción normativa actual es:

Artículo 566-A.- Apercibimiento y remisión al Fiscal

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones.

Dicho acto, sustituye el trámite de interposición de denuncia penal.

El texto modificadorio que se propone para el citado artículo es:

Artículo 566-A.- Apremio personal por incumplimiento alimentario

Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme de alimentos, bajo apercibimiento expreso, no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones fijadas, el juez, a pedido de parte y previa audiencia, podrá imponer como medida de apremio personal, el arresto nocturno del obligado, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días.

El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.

Si el obligado infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto completo hasta por quince días.

De persistir el incumplimiento, proceden nuevos apremios de arresto completo respecto al periodo de incumplimiento exigido, hasta obtener el íntegro pago de la obligación, hasta por un máximo de 12 meses. Esto no limita la aplicación de otras medidas de apremio por nuevos periodos de incumplimiento exigidos, cuyos plazos máximos se computan independientemente.

Para los efectos de los incisos anteriores, el juez que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante la Comisaría, para el caso de arresto nocturno, o ante el Establecimiento Penitenciario, en caso de arresto completo. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio. En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.

Las pensiones alimenticias atrasadas devengarán intereses entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo.

En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante.



Tanto el apremio como el arraigo, permanecerán vigentes hasta que se efectúe el pago de lo adeudado, o también, en el caso del apremio, hasta que se cumpla el máximo permitido por periodo de incumplimiento exigido. Para estos efectos, las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial encargada de la ejecución del apremio personal, debiendo entregar comprobante al deudor. De verificarse válidamente el pago total de la obligación o el vencimiento del plazo máximo del apremio, el juez debe disponer la inmediata libertad del obligado, y el levantamiento de la medida de arraigo.

Si el obligado justificare ante el juez que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo. No obstante, serán procedentes si se estima que el obligado no actúa diligentemente para lograr la obtención regular de los medios económicos para el pago de su obligación alimenticia. En tal caso, el apremio tendrá también una connotación de sanción.

El apremio y arraigo también pueden ser suspendidos por el juez, de oficio o a petición de parte o de la unidad policial encargada, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave.

En todo caso, para imponer el apremio y arraigo, el juez debe tener en cuenta las serías intenciones demostradas por el obligado, de mantener la continuidad de la prestación de alimentos, aun si es dentro de sus posibilidades.

### *Explicación*

Con esta modificación, se deroga la actual disposición de remisión de copias certificadas al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal por el mero incumplimiento alimentario, la cual como se ha abordado, es utilizada como una medida para coaccionar al deudor alimentario al pago de las pensiones alimenticias adeudadas con la amenaza de una eventual pena privativa de libertad, aun cuando conforme a la estructura normativa y teórica de la misma, ello no está dentro de sus fines (teorías de los fines de la pena), lo cual si es comprendido por el contrario, como finalidad de la figura del apremio personal, conforme se ha visto de la legislación comparada, la cual específicamente, lograr el cumplimiento de la prestación de alimentos coaccionando al deudor alimentario con la privación de su libertad.

Por ello, con la modificación que se propone, se cambia esta disposición de remisión de copias para el ejercicio de la acción penal, en tanto que se propuso derogar también la criminalización del mero incumplimiento alimentario, regulan en vez de ello, la medida de apremio personal por incumplimiento alimentario, acogiendo las características con las que ha sido regulado en el derecho comparado, fundamentalmente, de la legislación chilena, empero con distintas variaciones orientadas a hacer más efectiva su aplicación.

Por ejemplo, en cuanto se formula como texto normativo: “Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme de alimentos, bajo apercibimiento expreso, no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones fijadas,...”, se precisa los supuestos en los cuales puede disponerse la medida de apremio, y además, se pone como requisito, que

debe haber un apercibimiento previo para el deudor alimentario, de que puede ser objeto de apremio personal si incumple con el pago de alimentos exigido, lo que funciona como una garantía adicional de conocimiento seguro de la consecuencia ante su incumplimiento.

Asimismo, en cuanto se formula como texto normativo: "...el juez, a pedido de parte y previa audiencia, podrá imponer como medida de apremio personal, el arresto nocturno del obligado, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días", se regula la forma de arresto nocturno, que implica una limitación de la libertad que no restringe las horas en las que el deudor alimentario puede trabajar, para con ello poder continuando cumpliendo con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y en general, mantener su conducta de prestación de alimentos.

Luego, cuando se formula como texto normativo: "El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación", se regula la lógica de gradualidad para la determinación del agravamiento de la privación de libertad que se puede aplicar al deudor alimentario, siendo primero por periodos cortos, que pueden extenderse conforme se mantenga en su incumplimiento.

Ahora, en cuanto se formula como texto normativo: "Si el obligado infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto completo hasta por quince días", se regula de igual forma, bajo la lógica de gradualidad, que la medida de apremio puede ser agravada a una privación de libertad completa, en casos en que el deudor alimentario se mantiene rebelde en su incumplimiento, no obstante que en un inicio de le dio la oportunidad con una privación parcial, de que pudiera trabajar y así continuar cumpliendo con la prestación de alimentos.

En cuanto se formula como texto normativo: “De persistir el incumplimiento, proceden nuevos apremios de arresto completo respecto al periodo de incumplimiento exigido, hasta obtener el íntegro pago de la obligación, hasta por un máximo de 12 meses. Esto no limita la aplicación de otras medidas de apremio por nuevos periodos de incumplimiento exigidos, cuyos plazos máximos se computan independientemente”, se regula la posibilidad de extender incluso el tiempo del arresto completo, empero con un límite temporal de 12 meses, que aparece como razonable y proporcional, y que es incluso menor que al tiempo que suele imponerse como pena privativa de libertad, que se funda también en la idea de evitar limitar irrazonablemente y por periodos muy extendidos la privación de libertad.

En cuanto se formula como texto normativo:

Para los efectos de los incisos anteriores, el juez que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante la Comisaría, para el caso de arresto nocturno, o ante el Establecimiento Penitenciario, en caso de arresto completo. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio. En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.

Se regulan las facultades policiales pertinentes para el efectivo logro de la ejecución de las medidas de apremio.

En cuanto se formula como texto normativo: “Las pensiones alimenticias atrasadas devengarán intereses entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo”, se regula además una especificación sobre los intereses devengados de la omisión del pago.

Respecto a que se formula como texto normativo: ”En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante”, se regula también, como medida adicional al apremio personal, el arraigo, para una mejor efectividad de la restricción.

Ahora, en cuanto se formula como texto normativo:

Tanto el apremio como el arraigo, permanecerán vigentes hasta que se efectúe el pago de lo adeudado, o también, en el caso del apremio, hasta que se cumpla el máximo permitido por periodo de incumplimiento exigido. Para estos efectos, las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial encargada de la ejecución del apremio personal, debiendo entregar comprobante al deudor. De verificarse válidamente el pago total de la obligación o el vencimiento del plazo máximo del apremio, el juez debe disponer la inmediata libertad del obligado, y el levantamiento de la medida de arraigo.

Se regula, la característica específica de que una vez cumplido el pago, la privación de libertad debe cesar, así como también el arraigo, debiendo el juez disponer la inmediata

libertad del deudor alimentario en estos casos, permitiendo que el deudor alimentario pueda continuar trabajando para así continuar prestando alimentos.

De otro lado, cuando se formula como texto normativo:

Si el obligado justificare ante el juez que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo. No obstante, serán procedentes si se estima que el obligado no actúa diligentemente para lograr la obtención regular de los medios económicos para el pago de su obligación alimenticia. En tal caso, el apremio tendrá también una connotación de sanción.

Se prevé que el apremio y arraigo no puede aplicarse, cuando el incumplimiento del pago tiene como sustento, la verdadera carencia de medios necesarios del deudor alimentario para pagar, empero, para evitar que tal permisión no se convierta en una excusa con la cual los deudores alimentarios busquen eludir su obligación, se regula también, que estos deben demostrar que actúan diligentemente en el logro de la obtención de medios económicos para prestar alimentos, siendo que en caso contrario, de estimarse que no tiene un actuar diligente, se aplica el apremio y arraigo, que además de cómo medida de coacción, puede asumir también un carácter de sanción, para reprender con ello la conducta rebelde y elusiva del deudor alimentario, con la severidad de la privación de su libertad.

En cuanto se formula como texto normativo: “El apremio y arraigo también pueden ser suspendidos por el juez, de oficio o a petición de parte o de la unidad policial encargada, en caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar entre las seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento del apremio o lo transformaren en extremadamente grave”,

se prevé también una cláusula para suspender el apremio y arraigo, cuando se dan circunstancias excepcionales y pasajeras que lo justifiquen.

Referente a cuando se formula como texto normativo: “En todo caso, para imponer el apremio y arraigo, el juez debe tener en cuenta las serías intenciones demostradas por el obligado, de mantener la continuidad de la prestación de alimentos, aun si es dentro de sus posibilidades”, se regula como criterio para aplicar el apremio y arraigo, que el juez debe tener en cuenta obligatoriamente, si es que el deudor alimentario denota serias intenciones de que en verdad pretende continuar teniendo una conducta diligente de prestación de pensiones, lo cual pretende evitar, que en estos casos, donde los deudores alimentarios realmente tienen intenciones de recomponer su omisión, se les pueda imponer indiscriminadamente las medidas de apremio y arraigo, que les generen dificultades a sus ya precarias condiciones económicas con la privación de sus derechos, que les trunquen sus expectativas de poder continuar trabajando dentro de sus posibilidades y así prestando alimentos a los alimentistas, siendo la idea, que al advertirse seriamente estas intenciones, por el contrario, deben fomentarse y apoyarse al deudor alimentario para que pueda reconducir su conducta a lo esperado normativamente.

Cabe precisar, que al regularse la medida de apremio personal como modificación del artículo 566-A del T. U. O. del Código Procesal Civil, implica que se trata de una medida para la ejecución de las sentencias de alimentos, por lo que puede ser aplicada dentro del mismo proceso civil de alimentos, y por el mismo juez de la ejecución, lo que implica un gran ahorro de tiempo y recursos que ya no se emplea al trasladar el conflicto alimentario de la vía civil a la penal (por ejemplo: costo del trabajo de Fiscales, Jueces Penales, Abogados, Personal Judicial, otros expedientes, entre muchos otros), así como que se brinda una tutela

jurisdiccional mas afectiva al mismo, puesto que implica que las medidas para el cobro de las prestaciones de alimentos se ejecutan con mayor y casi inmediata prontitud al expedirse la sentencia civil.

Por último, como comentario adicional, se tiene que el actual Presidente del Poder Judicial, Duberly Rodríguez Tineo, refirió en febrero de este año 2018, en el marco de una Reunión de Presidentes de Cortes realizada en la ciudad de Trujillo, que se está planteado proponer que se otorgue competencia penal a los jueces civiles para que, en el mismo juzgado, primero den trámite al proceso civil, establezcan la pensión de alimentos, y si no se paga, estén facultados para abrir el proceso penal para quien incumple su obligación, ello, debido a la consideración, de que al tener que trasladarse el conflicto alimentario desde el campo procesal y competencia de un juez civil, al campo procesal y competencia de un juez penal, importa un factor que causa demora en la pronta tramitación de los procesos, siendo por ello, que otorgar las competencias penales al juez originario civil, eliminaría tal factor de retraso (Gaceta Jurídica, 2 de febrero de 2018).

Sin embargo, es de cuestionarse a esta propuesta, que solo plantea el traslado de competencias penales al juez civil que ve el proceso de alimentos, reduciendo los costos del traslado de competencias, empero, no reduce los costos que todavía trae el empleo del sistema punitivo (por ejemplo: costo del trabajo de Fiscales, Abogados penalistas, otros expedientes, entre muchos otros), y peor aún, mantiene la regulación de la privación de libertad como pena, pese a que como se ha visto en la presente investigación, no aparece como la medida más adecuada para hacer frente al incumplimiento alimentario, siendo por ello aconsejable, que la reforma legislativa, sea más bien como se propone en la presente investigación.



## **7.2. Propuesta de modulación provisional de los efectos de la legislación actual**

De otro lado, se propone que en tanto no se dé la modificación legislativa que se propone, de *lege lata*, los operadores jurídicos deben adoptar y asumir en la aplicación de la pena privativa de libertad de los deudores alimentarios en aplicación del artículo 149 del Código Penal y además normas que le son complementarias, las siguientes reglas y consideraciones:

- a.** De primera mano, los operadores jurídicos, deben priorizar la utilización de medidas no privativas de libertad contra los deudores alimentarios, dando oportunidad, a que puedan cumplir con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, siendo que solo cuando se verifica una persistente resistencia al incumplimiento, debe imponerse una pena privativa de libertad efectiva, sea desde la sentencia o al revocarse alguna medida alternativa a la privación de libertad.
- b.** En dichas circunstancias, deben valorarse las intenciones del deudor alimentario en buscar diligentemente el poderse al día en el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias, denotando un pronóstico favorable de continuidad en la prestación de alimentos, conforme a sus reales posibilidades y debida diligencia, procurando en dichos casos, evitar aplicar la pena privativa de libertad, que podría anular toda expectativa del deudor alimentario de ponerse al día diligentemente en el cumplimiento de su obligación.
- c.** Deben allanarse los obstáculos que impiden la imposición de medidas alternativas a la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, cuando pueden esperarse que su estado de libertad, es más beneficioso que el mantenimiento de su privación de libertad, lo que se da sobre todo, cuando han cumplido con el pago de las pensiones

alimenticias adeudadas por cuyo incumplimiento se les condenó. Es en ese sentido, que pueden allanarse incluso algunos obstáculos legales para la imposición de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, aplicando el control difuso de constitucionalidad a los casos por el delito de omisión de prestación de alimentos, tal y como en el criterio aplicado por la Corte Superior de Justicia del Santa que fue confirmado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la resolución de Consulta N° 13825-2015 Del Santa, del 23 de marzo de 2016. Precisamente, en dicho caso, se aplicó control difuso de constitucionalidad respecto a la prohibición regulada en el artículo 57 del Código Penal, de disponer la suspensión de la ejecución de la pena a los sentenciados que son reincidentes o habituales, cuando no obstante a tener en efecto el sentenciado la calidad de habitual, se trata de un deudor alimentario que ha cumplido con el pago total de las pensiones alimenticias adeudadas en mérito de cuyo incumplimiento se le condenó, argumentándose que en estos casos, prohibir la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, determinando con ello la aplicación de pena privativa de libertad efectiva, resulta desproporcionado e inconstitucional, al haberse cumplido ya la finalidad de la regulación con el logro del pago de las pensiones, siendo que el mantenimiento de la privación de libertad del deudor alimentario en estos casos, terminaría perjudicando finalmente al propio alimentista, por la limitación a las posibilidades laborales del sentenciado para con ello poder continuar cumpliendo con la prestación de alimentos.

**d.** Tras haberse dispuesto la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, al no corresponder medidas menos lesivas conforme a las consideraciones precedentes, que siguen una lógica de *última ratio*, de comprobarse

posteriormente que el deudor alimentario cumple con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas por cuyo incumplimiento se le condenó, debe optarse por una interpretación adecuada y justa del material normativo, aplicando el método dogmático jurídico tomando las concepciones actuales que trae el paradigma ius filosófico del Neo constitucionalismo, que permita disponer el cese de la pena privativa de libertad de los deudores alimentarios en dichos casos, otorgándoles libertad, tal y como lo propuse en mi investigación denominada: Justificación del cese de la pena por omisión alimentaria como consecuencia del pago de lo adeudado, siendo que con la construcción argumentativa desarrollada en la misma, se sustenta de modo solvente la viabilidad y legitimidad con el material normativo vigente en nuestro país, de disponer el cese de la pena privativa de libertad de los deudores alimentarios en estos casos, lo cual además también se ve reforzado jurisprudencialmente, con la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la Consulta N° 13825-2015 Del Santa, del 23 de marzo de 2016.

- e. Y de modo general, se propone que en toda evaluación de la aplicación de las referidas reglas y consideraciones, debe emplearse como criterio para la toma de decisiones, el principio de proporcionalidad, que implica el test de proporcionalidad, con sus 3 sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo la herramienta conceptual idónea que nos permite llegar a una razonable, proporcional y justa aplicación del derecho, como debe ser, mucho más en casos tan delicados como en el del derecho a percibir alimentos.

### VIII. Referencias Bibliográficas

- Acosta, J. (2016). La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. *IUS*, 10 (37), 83-102.
- Ahumada, Á. (s. f.). Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci). Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Recuperado de: [http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4\\_AHUMADA.pdf](http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf)
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Álvarez, A. (s. f.). Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo. Tema 7. Tutela de los derechos y garantías de indemnidad. Cádiz, Universidad de Cádiz. Recuperado de: [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2545/mod\\_resource/content/1/Tema%207%20D F.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2545/mod_resource/content/1/Tema%207%20D F.pdf)
- Álvarez, H. y Pérez, E. (2004). Causalidad en medicina. *Gaceta médica Mexicana*. 140 (4), 467-472.
- Álvarez, R. (1985). Los Alimentos. En Universidad Autónoma de México. *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Amanqui, E. (2017). Facultad coercitiva personal de los Juzgados de Familia y de Paz Letrado para la ejecución inmediata de sus sentencias ante el incumplimiento de obligación alimentaria en la provincia de San Román – Puno, 2011-2012 (Tesis para

- obtener el grado de magister). Juliaca: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Anitua, G. (2015). Justificación del Castigo. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, (3), 2109-2139.
- Arce, R. (2016). La no procedencia del apremio de arresto en el cumplimiento forzado de la compensación económica (tesis para obtener el grado de magister). Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142666>
- Bailone, M. (2005). Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo. *Ciencias Penales Contemporáneas*, (16), 199-211.
- Berríos, C. A. y Godoy, E. A. (2016). *El Arresto en la Compensación Económica* (Tesis de licenciatura). Santiago: Universidad de Chile.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cachón, M. (2011). *Apuntes de ejecución procesal civil*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Carpio, C. (2007). Apremio corporal en materia de pensiones alimentarias: ¿Solución o problema? (tesis de licenciatura). Recuperado de: <https://kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/16177>
- Casassa, S. N. (2011). *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero: en busca de un proceso justo* (tesis de maestría). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cascante, R. L. (2000). ¿Son Procesos de conocimiento los juicios posesorios? *Iuris Dictio*. 1(1), 84-88.

- Castillo, Y. & Carrillo, A. (2011). Validez Jurídica en el Iusnaturalismo y el Positivismo. *Saber, Ciencia y Libertad*, 6 (2), 89-103.
- Clérico, L. (2008) El examen de proporcionalidad: entre exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En Carbonell, M. (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 125-173). Quinto: V&M Gráficas.
- Comanducci, P. (2005). Constitucionalización y teoría del derecho. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de: [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadeldercho/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconstitucionalizacionyteoriadeldercho/at_download/file)
- Condori, M. (2012). La acusación fiscal en el delito de omisión de asistencia familiar y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas en los alimentistas en la provincia de San Román, año 2011”. (tesis para obtener el grado de magister). Arequipa: Universidad Católica de Santa María.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana & el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2006). *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 17. Alimentos. Se establecen con las percepciones salariales, tanto ordinarias como extraordinarias del deudor alimentista, con excepción de los viáticos y gastos de representación*. México: Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.
- Cortez, C. D. y Quiroz, A. P. (2014). Derecho fundamental a los alimentos: En nombre del padre y por derecho del hijo. En Torres, M. A. (coord.). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ra. ed.). Buenos Aires: Roque Depalma.
- De la Cruz, K. (2015). La no aplicación de la suspensión de la pena en los delitos de omisión a la asistencia familiar (tesis de licenciatura). Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Devis, H. (1966). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Colombia: Aguilar.
- Díaz, F. (2011). Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978, *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (28), 279-310.
- Díaz, M. G. & Figueroa, M. I. (2013). La protección interamericana de la obligación alimentaria. *Opinión Jurídica*, 23 (12), 133-150.
- Diccionario Online de la Real Academia de la Lengua Española (12 de enero del 2017). Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=1rm36tt>.
- Echevarría, H. (2016). Diseños de investigación cuantitativa en psicología y educación. Río Cuarto: Universidad Nacional de Río Cuarto.
- Elina, V. A. & Paiva, M. (2010). Derecho a la Alimentación. *DIAETA*, (28), 20-26.
- Enciclopedia Británica en Español (2009). La Familia: Concepto, Tipos y Evolución. Recuperado de: [http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec\\_42\\_LaFam\\_Conc\\_Tip&Evo.pdf](http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_Conc_Tip&Evo.pdf).
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, (15), 113-136.

- Ferrante, M. (2015). Filosofía del Derecho Penal. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, (3), 2087-2108.
- Florit, C. (2014). *Las Pensiones Alimenticias Treinta Años Después de la Modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo* (tesis de doctorado). Murcia: Universidad de Murcia.
- Fripp, M. A. (2009). Alcance de la obligación alimentaria. *Derecho y Ciencias Sociales*, (1), 116-117.
- Gaceta Jurídica (2 de febrero del 2018). La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia. Disponible en: <http://laley.pe/not/4779/jueces-civiles-que-fijen-pension-de-alimentos-tambien-podrian-iniciar-proceso-penal-contrapadres-morosos/> (revisada el 3 de abril del 2018).
- Gallegos, Y. & Jara, R. S. (2012). *Manual de Derecho de Familia*, Lima: Jurista Editores.
- García, V. (2013). *Derechos Fundamentales* (2da. ed.). Lima: Adreus.
- García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General* (2da. ed.). Lima: Jurista Editores.
- García, C. (2000). *Tratado de Pedagogía Social* (2da. ed.). España: Díaz de Santos.
- Gómez, Á. (2000). *El Principio Non Bis In Idem, Sanciones Penales y Administrativas*. Valencia: Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
- González, C. (s.f.). El derecho a percibir alimentos desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su aplicación en un mundo cambiante y globalizado. En Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Situación del Derecho Alimentario. Avances y Desafíos. *Boletín Trimestral N° 3*.
- Hernando, E. (s. f.). Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?, *IUS La Revista*, (36), 328-338.



- Hormazábal, H. (2003). Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos. *Revista de Derecho*, (14), 124 - 134.
- Incháustegui, J. H., (2016). Las Astreintes: Análisis y Consideraciones sobre esta medida conminatoria originada en la jurisprudencia francesa, Lima, Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion\\_11/articulos\\_investigadores/3.%20Astreintes.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_11/articulos_investigadores/3.%20Astreintes.pdf)
- Instituto Nacional Penitenciario (2016). Informe Estadístico Diciembre -2016. Lima: INPE.
- Instituto Nacional Penitenciario (2017). Informe Estadístico Diciembre -2017. Lima: INPE.
- Instituto Nacional Penitenciario (2018). Informe Estadístico Agosto -2019. Lima: INPE.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la Teoría de la Pena. Cuadernos de Conferencias y artículos N° 16*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Landa, C. (2011). *Derecho Procesal Constitucional. Cuaderno de Trabajo, 20*. Lima: Universidad Católica del Perú.
- Lastra, J. M. (1998). Conceptos Jurídicos Fundamentales. En Universidad Nacional Autónoma de México (1998). *Liber ad honorem Sergio García Ramírez* (pp. 399-420). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Leal, L. (2015). *Cumplimiento e incumplimiento de la obligación de alimentos. Expectativas de reforma*. Santiago: Universidad de Chile.
- Lopera, G. (2004). Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 211-243.

- López, L. E. (2011). *Las astreintes. Remedio eficaz para la oportuna ejecución de las sentencias. Colección Graduados Serie Sociales y Humanidades*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- López, F. (2009). *El Derecho a la Alimentación en la Legislación Mexicana*. México: Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria – Cámara de Diputados – Congreso de la Unión.
- Maris, S. (2006). El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos (tesis de licenciatura). Recuperado de: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC071964.pdf>
- Méndez, S. (2014). El apremio personal su aplicación y restricción en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (tesis de licenciatura). Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3087>
- Mizrahi, E. (2012). *Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günter Jakobs*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza.
- Molina de Juan, M. (2015). El Derecho Alimentario de Niños y Adolescentes. La Perspectiva de la Corte Federal Argentina y su Impacto en el Nuevo Código Civil y Comercial. *Revista Bolivariana de Derecho*, (20), 76-99.
- Mondejar, I. (2016). La Obligación de Alimentos y Las Políticas de la Administración Española Sobre la Protección de los Mayores y Dependientes. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (14), 127-185.
- Mondragón Barrera, Mónica Alejandra (2014). Uso de la Correlación de Spearman en un Estudio de Intervención en Fisioterapia. *Mov. Cient*, 8 (1), 98-104.

- Monroy G., J. (1996). *Introducción al Proceso Civil* (Tom. I). Lima: Temis.
- Monroy G., J. & Monroy P., J. (2001). Del Mito del Proceso Ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes Iniciales. *Revista peruana de derecho procesal*, (4), 185 – 208.
- Morales, V. (2015). *El Derecho a percibir alimentos y Compensación Económica: La Excepción en la forma de pagar estos Derechos* (tesis de licenciatura). Santiago: Universidad de Chile.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2010). El Derecho a la alimentación adecuada, *Folleto informativo 34*.
- Ojeda, A. (2009). *Evolución Histórico Jurídico del Derecho a percibir alimentos* (tesis de licenciatura). Santiago: Universidad de Chile.
- Orozco, V. (2013). La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español en materia de libertad religiosa. *Revista Judicial*, (109), 25-41.
- Orrego, J. (2009). *Los Alimentos en el Derecho Chileno* (2da. ed.). Santiago: Metropolitana.
- Palacios, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (17va. ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Peña, A. R. (2008). *Derecho Penal Parte Especial* (Tom. I). Lima: IDEMSA.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, 21 (2), 339-353.
- Ramos, M. E. (2013). La Regulación Legislativa y Jurisprudencial del Derecho Alimentario. *Supra Iuris Revista USMP*, (1) 83-100.

- Real Academia Española (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Consultado en: <https://drae.es/palabras/adecuado>
- Reyna, L. M. (2011). *Delitos contra la familia y de violencia familiar* (2da. ed.). Lima: Jurista Editores.
- Reyes, N. (1999). Derecho alimentario en el Perú: propuesta para desformalizar el proceso, *Derecho PUCP*, (52), 773-801.
- Restrepo, L. y Gonzales, J. (2007). De Pearson a Spearman. *Revista Colombiana de Ciencias Pecuniarias*, (20), 183-192.
- Rojas, F. (2017). Justificación del cese de la pena por omisión alimentaria como consecuencia del pago de lo adeudado (tesis para obtener el grado de maestro). Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- Rojina, R. (1962). *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia* (Tom. I, 16va. ed.). México: Porrúa.
- Salinas, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (6ta. ed., vol. 1). Lima, Editorial Iustitia.
- Salazar, M. (2014). El apremio personal en el juicio de alimentos y el derecho al trabajo (tesis de licenciatura). Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2136>
- Salazar, R. (2014). Un acercamiento al paradigma neoconstitucionalista. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Número Especial, 320-354.
- Sánchez, B. (2011). Breves Consideraciones al Análisis del Tipo de Omisión Doloso, denominado “Incumplimiento de Obligaciones Alimentarias en la Legislación del Estado de México. México; El último argumento. Recuperado de:

<http://elultimoargumento.blogspot.pe/2012/04/breves-consideraciones-al-analisis-del.html>.

Sánchez, H. y Reyes C. (2009). *Metodología y diseño de la investigación científica*. Lima: Universidad Ricardo Palma.

Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV, Parte II – Buenos Aires: Institutos.

Saura, J. (2012). El Derecho Humano a la Alimentación y su Exigibilidad Jurídica. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 1 (3), 4-24.

Universidad Católica de Colombia (2010). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Tom. I). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Vallado, F. E. (1972). *Teoría General del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Vargas, R. (2013). La Libertad Anticipada: Lo que no dice el Acuerdo Plenario N° 3 – 2012/CJ – 116. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (56), 75-102.

Villa, C. (2017). El Apremio de Arresto Civil y su Regulación con la Prohibición Internacional de la Prisión por Deudas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (tesis de licenciatura). Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/145178>

Vinatea, C. (2008). *Manual de Filosofía del Derecho*. Lima: Editorial San Marcos.

Washington, A. (2013). Necesidad de establecer reformas legales al Art. 147 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, incorporando normas que regulen lo relacionado al apremio personal (tesis de grado). Recuperado de: <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/6189>

Zaffaroni, E. R., Alagía, A & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2da. ed.).

Argentina: Ediar.

Zambrano, A. (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema*

*Interamericano de DD. HH. A través de sus sentencias*. Lima: EDILEX.

Zela, A. (2007). La Procedencia de la Llamada Prisión Civil en el Ordenamiento Peruano.

*Derecho y Cambio Social*, (11), 23 – 35.

## IX. Anexos

## Anexo A: Matriz de consistencia

**TÍTULO:** INADECUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD PARA LOGRAR LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA – PERIODO 2016.

<b>PROBLEMAS</b>	<b>OBJETIVOS</b>	<b>HIPÓTESIS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>METODOLOGÍA</b>
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b></p> <p>Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó la prestación de alimentos a los alimentistas en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p>	<p><b>VARIABLE (X)</b></p> <p>Aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios</p>	<p><b>INDICADORES</b></p> <p>1. El deudor alimentario, incumplió con su deber de pasar alimentos. 2. Ante el incumplimiento del deudor alimentario, lo demandó ante el Poder Judicial, donde se dispuso que pague una pensión de alimentos mensual.</p>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p>Sustantiva.</p> <p><b>DISEÑO</b></p> <p>Investigación correlacional.</p> <p><b>POBLACIÓN Y MUESTRA</b></p> <p>La población es 376 alimentistas, de los 376</p>

<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b>			
<p>1. ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?</p> <p>2. ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?</p>	<p>1. Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p> <p>2. Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de</p>	<p>1. Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias por cuyo incumplimiento se les procesó penalmente, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p> <p>2. Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento del pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil, en la Corte Superior de</p>		<p>3. El deudor alimentario, luego de haber sido requerido para el pago de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, también incumplió su pago.</p> <p>4. Ante el incumplimiento por parte del deudor alimentario de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, se le procesó penalmente.</p> <p>5. El deudor alimentario, fue condenado por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias</p>	<p>casos penales por el delito de omisión de prestación de alimentos en los que se expidió sentencia condenatoria en la Corte Superior de Justicia del Santa, en el año 2016.</p> <p>La muestra es 191 alimentistas, escogidos aleatoriamente.</p> <p><b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</b></p> <p>Encuesta.</p>



<p>3. ¿Qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016?</p>	<p>Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p> <p>3. Determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p>	<p>Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p> <p>3. Mientras mayor fue el número de casos en que se aplicó pena privativa de libertad a los deudores alimentarios, menor fue el número de casos en que se verificó el cumplimiento de prestar directamente alimentos, en la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016.</p>	<p><b>VARIABLE (Y)</b></p> <p>Prestación de alimentos a los alimentistas</p>	<p>mensuales fijadas.</p> <p>6.El deudor alimentario fue capturado e ingresó al penal para que cumpla su pena (sea porque fue sentenciado a pena efectiva desde la sentencia, o porque se le impuso una condena suspendida, que fue posteriormente revocada).</p> <p>7.El deudor alimentario, cumplió el tiempo de su pena en el penal.</p> <p><b>Dimensión: Pago de las pensiones alimenticias por</b></p>	
--	--	--	--	---	--

				<p><b>cuyo incumplimiento se procesó penalmente al deudor alimentario</b></p> <p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas del proceso penal.</p> <p><b>Dimensión: Pago de las otras pensiones alimenticias en el proceso civil</b></p> <p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones</p>	
--	--	--	--	---	--

				<p>alimenticias adeudadas en el proceso civil.</p> <p><b>Dimensión: Prestación directa de alimentos a los alimentistas</b></p> <p>El deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con pasar alimentos directamente.</p>	
--	--	--	--	--	--

**Anexo B: Encuesta para medir la relación entre las variables aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y la prestación de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa por el periodo 2016.**

**ENCUESTA PARA MEDIR LA RELACIÓN ENTRE LAS VARIABLES APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LOS DEUDORES ALIMENTARIOS Y EL PASO DE ALIMENTOS A LOS ALIMENTISTAS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA POR EL PERIODO 2016**

**I. Introducción**

La presente encuesta, tiene como objetivo determinar qué relación hay entre la aplicación de la pena privativa de libertad a los deudores alimentarios y el paso de alimentos a los alimentistas de la Corte Superior de Justicia del Santa, por el periodo 2016. La información proporcionada es completamente anónima, por lo que se le solicita responder todas las preguntas con sinceridad tomando en cuenta sus propias experiencias.

**II. Datos generales**

**1. Sexo:**

1. ( ) Femenino.
2. ( ) Masculino.

**2. Condición:**

1. ( ) Alimentista que en el periodo 2016, ejercía directamente su derecho sin necesidad de representación por un familiar u apoderado, es decir, que directamente estaba al tanto de sus procesos civiles y penales de alimentos.
2. ( ) Familiar u apoderado representante del alimentista que en el periodo 2016, tenía a cargo su representación y estaba al tanto de sus procesos civiles y penales por alimentos.

**III. Afirmaciones materia de la encuesta**

A continuación se le muestran una serie de afirmaciones, de las cuales debe leer cuidadosamente y escoger sólo una respuesta, marcando con una X sobre la opinión con la cual esté de acuerdo.

N°	Variables e indicadores	Opciones a marcar
	<b>Variable</b>  <b>APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LOS DEUDORES ALIMENTARIOS</b>	
1	En su caso, el deudor alimentario (la persona quien tenía que pasar alimentos), incumplió con su deber de pasar alimentos (el aporte, generalmente en dinero, para los alimentos, el vestido, la educación, entre otros)	1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo 2 ( <input type="checkbox"/> ) En desacuerdo 3 ( <input type="checkbox"/> ) De acuerdo 4 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente de acuerdo
2	En su caso, ante el incumplimiento del deudor alimentario, lo demandó ante el Poder Judicial, donde se dispuso que pague una pensión de alimentos mensual.	1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo 2 ( <input type="checkbox"/> ) En desacuerdo 3 ( <input type="checkbox"/> ) De acuerdo 4 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente de acuerdo
3	En su caso, el deudor alimentario, luego de haber sido requerido para el pago de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, también incumplió su pago.	1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo 2 ( <input type="checkbox"/> ) En desacuerdo 3 ( <input type="checkbox"/> ) De acuerdo 4 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente de acuerdo
4	En su caso, ante el incumplimiento por parte del deudor alimentario de las pensiones alimenticias mensuales fijadas, se le procesó penamente.	1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo 2 ( <input type="checkbox"/> ) En desacuerdo 3 ( <input type="checkbox"/> ) De acuerdo 4 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente de acuerdo
5	En su caso, el deudor alimentario, fue condenado por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias mensuales fijadas.	1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo 2 ( <input type="checkbox"/> ) En desacuerdo 3 ( <input type="checkbox"/> ) De acuerdo 4 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente de acuerdo
6		1 ( <input type="checkbox"/> ) Totalmente en desacuerdo

	En su caso, el deudor alimentario fue capturado e ingresó al penal para que cumpla su pena (sea porque fue sentenciado a pena efectiva desde la sentencia, o porque se le impuso una condena suspendida, que fue posteriormente revocada)	2 ( ) En desacuerdo 3 ( ) De acuerdo 4 ( ) Totalmente de acuerdo
7	En su caso, el deudor alimentario, cumplió el tiempo de su pena en el penal.	1 ( ) Totalmente en desacuerdo 2 ( ) En desacuerdo 3 ( ) De acuerdo 4 ( ) Totalmente de acuerdo
	<b>Variable</b>  <b>SATISFACCIÓN DEL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS DE LOS ALIMENTISTAS</b>	
	<b>Dimensión</b>  <b>PAGO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS EN PROCESO PENAL</b>	
8	En su caso, el deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas del proceso penal.	1 ( ) Totalmente en desacuerdo 2 ( ) En desacuerdo 3 ( ) De acuerdo 4 ( ) Totalmente de acuerdo
	<b>Dimensión</b>  <b>PAGO DE OTRAS PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL PROCESO CIVIL</b>	
9		1 ( ) Totalmente en desacuerdo

	En su caso, el deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas en el proceso civil.	2 ( ) En desacuerdo 3 ( ) De acuerdo 4 ( ) Totalmente de acuerdo
	<b>Dimensión</b>  <b>PASO DIRECTO DE ALIMENTOS</b>	
<b>10</b>	En su caso, el deudor alimentario, luego de cumplir su pena en el penal, cumplió con pasar alimentos directamente.	1 ( ) Totalmente en desacuerdo 2 ( ) En desacuerdo 3 ( ) De acuerdo 4 ( ) Totalmente de acuerdo