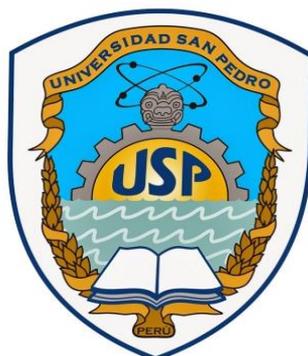


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA DE DERECHO



**El incumplimiento de la obligación alimentaria en nuestro
sistema jurídico**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de
Abogado

Autor:

Torres Castillo, Erick Osvaldo

Asesor:

Mg. Díaz Ambrosio Silverio

Huaraz – Perú

2019

DEDICATORIA:

A mis Padres, a Quienes les debo toda una vida entera. A mis docentes por nutrirnos de sus conocimientos. Y a Dios quien motivo mis pensamientos, fortaleció mi debilidad y me enseñó: quien persevera triunfa...

PRESENTACIÓN

El presente trabajo tiene como figura central al tema denominado “**EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO**”, investigación en el cual se puede apreciar la concurrencia Del alumno a las distintas bibliografías al que se ha ceñido para dar una configuración sistemática de los tipos penales que exige este presupuesto penal. Para una buena interpretación de la norma es menester señalar distintas investigaciones realizadas anteriormente por personajes de renombre en nuestro país, debido a que nuestra normativa jurídica prevé taxativamente en nuestro código penal vigente la configuración, perpetración y atribución de penas de estas figuras delictivas, de esta forma se ha fortificado la comprensión de estos tipos penales, con aquellos argumentos que nos brindan autores de amplio nivel.

El derecho de alimentos se presenta como una institución esencial del derecho de familia, a través del cual se permite el sostenimiento y subsistencia de sus integrantes, siendo su importancia la de cubrir un estado de necesidad de quien lo solicita por ser un derecho vital. Los niños y adolescentes son acreedores de una prestación adecuada de alimentos y en ningún caso de alimentos estrictamente necesarios, de ser así, se afectaría su interés superior y su derecho al desarrollo integral como derechos humanos especiales; siendo la patria potestad la institución que coadyuva con este fin, porque la misma es el conjunto de deberes y derecho que tienen los padres respecto de sus hijos e hijas, desde el preciso momento en que queda establecida la filiación hasta que estos cumplan los dieciocho años de edad.

PALABRAS CLAVES: Incumplimiento de la obligación alimentaria, Sistema Jurídico, Presupuesto Penal, Perpetración y atribución de pena delictiva.

PALABRAS CLAVES

TEMA	OBLIGACIÓN ALIMENTARIA
ESPECIALIDAD	DERECHO PENAL

Keywords:

TEXT	FOOD OBLIGATION
SPECIALTY	CRIMINAL LAW

Linea de investigacion : Derecho

INDÍCE

	Pág.
DEDICATORIA:	ii
PRESENTACIÓN	iii
PALABRAS CLAVES	iv
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
CAPITULO II	6
2.1. “EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO”	6
2.2. EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR	6
2.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO:	6
2.2.2. CONCEPTO JURIDICO DE ASISTENCIA FAMILIAR:	7
2.3. DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ:	8
2.3.1 EL DERECHO PENAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES	10
2.3.2 ESQUEMA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO	10
2.3.3 OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR	11
CONCEPTO DE ALIMENTOS	11
2.3.4 SUJETOS QUE TIENEN EL DEBER DE LOS ALIMENTOS:	13
2.3.5 EL DERECHO PENAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES	14
2.3.6 INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA	14
2.3.6.1 TIPO PENAL:	14
2.3.6.2 TIPICIDAD OBJETIVA	15
2.3.6.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:	21
2.3.6.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES:	29
2.3.6.5 TIPICIDAD SUBJETIVA:	31
2.3.6.6 ANTIJURIDICIDAD:	32
2.3.6.7 CULPABILIDAD:	32
2.3.6.8 CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:	34

2.3.6.9 PENALIDAD:	35
2.4. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR (CÓDIGO PENAL VIGENTE)	36
2.4.1. PÁRRAFO PRIMERO, REFIERE:	36
2.4.2. PÁRRAFO SEGUNDO, REFIERE:	37
2.4.3. PÁRRAFO TERCERO, REFIERE:	37
2.4.3.1. SUJETO ACTIVO.-	39
2.4.3.2. SUJETO PASIVO.-	39
2.4.3.3. DELITO PERMANENTE	39
2.4.3.4. DELITO DE PELIGRO	39
CAPITULO III	41
3.6. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR, EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ Y EL CONTEXTO SOCIAL	46
Demanda de exoneración de alimentos: ¿es obligatorio que demandante esté al día con la pensión? [Pleno Jurisdiccional distrital del Callao]	48
• ¿Se debe variar la pensión alimentaria si el obligado se queda sin trabajo? [Pleno Jurisdiccional de Familia en Ventanilla]	49
Jurisprudencia del Poder Judicial	49
• Estar al día con la pensión de alimentos no es requisito para demandar divorcio en este caso [Casación 2458-2016, Sullana]	49
• III Pleno Casatorio Civil: Indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho [Casación 4664-2010, Puno]	50
• Juez ordena que mujer pase pensión de alimentos a sus hijos [Exp. 00055-2017-0- 1411-JP-FC-01]	50
• Diferencias entre derecho alimentario y obligación alimentaria [Casación 1398- 2008, Ica]	52
• No es imperativo cumplir con pensión alimentaria para otorgar régimen de visitas [Casación 3841-2009, Lima]	53
• Divorcio: ¿en qué casos no cesa la obligación alimentaria entre los cónyuges? [Casación 5818-2007, Moquegua]	54
5.1. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LA LEGISLACIÓN COMPARATIVA	56
CAPITULO VI	64

CONCLUSIONES	64
CAPITULO VII	66
RECOMENDACIONES.....	66
RESUMEN	68
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA	69
ANEXOS N°1	71
ANEXOS N°2	80

INTRODUCCIÓN

El artículo primero del Título Preliminar del Código Penal Vigente, regula la prevención de los delitos y las faltas como medio de protección a la persona, siendo sus principios fundamentales: la ejecución de la pena, la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena, proporcionalidad de la pena, la responsabilidad de los hechos, así como de protección, retribución y resocialización de la pena; sin embargo, respecto al delito de Omisión de la Asistencia Familiar, su aplicación en la administración de justicia se presenta lenta y engorrosa, razones: excesiva carga procesal, presupuesto económico limitado entre otros. Sobre el particular es precisarse que antes de que la parte interesada denuncie penalmente por el delito de omisión a la asistencia familiar, primero ha debido recurrir a la vía civil por el pago de alimentos en alguna de sus formas, lo que implica que luego de admitida la demanda en la vía civil, se cumple con todas las etapas establecidas hasta expedirse sentencia, en caso de no haber mediado conciliación entre los justiciables, haberse efectuado la liquidación de las pensiones alimenticias, aprobación y requerimientos de ley para recién poder recurrir a la vía penal correspondiente, lo cual evidentemente significa que en la práctica no sea un proceso sumarísimo, y muchas veces no obstante de que la demandante obtenga una sentencia favorable, no puede materializar el cobro del monto fijado en la misma, no debiendo olvidarse que el mayor porcentaje de las demandas sobre esta materia provienen de personas pertenecientes a los estratos económicos más necesitados de la sociedad.

Nuestra preocupación al abordar este tema es porque esta omisión dolosa vulnera el bien jurídico protegido como es la familia, y no obstante haberse previsto su tramitación procesal y sancionar a los obligados que incumplen con este deber básico para el ser humano, como es el de proveer los medios económicos para la subsistencia de los miembros de su familia, o a quienes la ley señala, el número de procesos sobre esta materia es elevado en relación a los otros delitos contra la familia.

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

CAPITULO I

ANTECEDENTES

He revisado diferentes bibliotecas de las principales instituciones de formación superior universitaria, en donde he podido encontrar diferentes antecedentes que han abordado trabajos de investigación referentes al presente; pero no con las mismas variables, el mismo tipo y nivel de investigación que me he propuesto realizar; por ello he podido colegir el tema “INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO”. Es una investigación relevante, original y de actualidad que atañe a nuestra sociedad; sin embargo, existen un sin número de trabajos de investigación y artículos científicos con el rótulo de “omisión de asistencia familiar”, “El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos”, “Incumplimiento del deber alimentario hacia niños, niñas y adolescentes”, “La eficacia de la prisión efectiva en el delito de omisión de asistencia familiar en los Juzgados Penales”, entre otras denominaciones, sean estos, a nivel institucional, local, regional, nacional e internacional, sobre temas de incumplimiento de la obligación alimentaria; en el ámbito institucional, local y regional no hemos encontrado trabajos específicos con el mismo rótulo de nuestra investigación.

1.1. A nivel internacional

Tesis de Pregrado

Enunciado: “El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos”.

Autor: Otto Crippa García.

Universidad: Universidad Abierta Interamericana.

Año: Argentina, 2006.

Enunciado: “Apremio corporal en materia de pensiones alimentarias: ¿solución o problema?”

Autor: Cindy Carpio Obando.

Universidad: Universidad de Costa Rica.

Año: Costa Rica, 2007.

Enunciado: “Extíngase la obligación que tiene el obligado principal de pasar alimentos, cuando el beneficiario ha contraído obligaciones Como progenitor.”

Autor: Maira Lourdes Ramón Armijos 2011

Universidad: Universidad Nacional de Loja.

Año: Ecuador, 2011.

1.2. A nivel nacional

Tesis para optar el Grado de Magíster:

Enunciado: “Incumplimiento del deber alimentario hacia niños, niñas y adolescentes”.

Autora: Ysabel Liz Navarro Navarro.

Universidad: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Facultad: de Ciencias Sociales.

Año: Lima, Perú, 2014.

Monografía Científica:

Enunciado: “La eficacia de la prisión efectiva en el delito de omisión de asistencia familiar en los Juzgados Penales”.

Autor: Eduardo Genaro Loloy Anaya.

Universidad: Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión

Año: Huacho, Perú, 2010.

1.3. A nivel regional.

Realizada la revisión bibliográfica, en las bibliotecas de la Universidad Nacional del Altiplano, se ha podido verificar que no existen estudios referidos al tema materia de esta investigación.

1.4. A nivel local.

Realizada la revisión bibliográfica, en las bibliotecas de la Universidad de nuestra localidad, se ha podido verificar que no existen estudios referidos al tema materia de esta investigación.

1.5. A nivel institucional

Realizada la revisión bibliográfica, en la biblioteca de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”, se ha podido verificar que no existen estudios referidos al tema materia de esta investigación.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. “EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO”

2.2. EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

2.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO:

El hombre y la Familia, en cuanto a su aparición sobre la faz de la tierra, son hechos históricos, anteriores al Estado. La familia es fuente primaria y necesaria de la sociedad. Este concepto trascendental expresa lo declarado por el Papa Pío XII, en su encíclica SUMI-PONTIFICATUM.

(Bramont Arias) “Sostuvo que la familia es la base necesaria y es el más poderoso elemento de grandeza de las naciones. Es el grupo fundamental y eterno del Estado, las mismas que están unidas visceralmente a la sociedad”. A renglón seguido nos dice:

“Cualquiera que sea el resultado de la investigación histórica, sobre el origen de la familia y la especulación filosófica sobre sus relaciones con el Estado, hay un hecho cierto e incontrastable, cual es, cuanto más vigorosa esté constituida la familia, más fuerte y próspero es el Estado”.

El hombre por su naturaleza social y de coexistencia, desde sus orígenes, se agrupa, siendo el primero la familia, porque en ella encuentra protección emocional, identificación personal y grupal, posteriormente con el devenir del tiempo aparecen los sistemas sociales, siendo primero el esclavismo y siglos después el feudalismo; estos dos sistemas no brindaron protección a la familia, ni a la asistencia familiar, es así que la familia tuvo que afrontar el dominio de la autoridad imperante, y luchar por sus propias necesidades materiales para supervivir, y aunque dichos sistemas sociales desaparecieron la familia ha sobrevivido y permanecido siendo su función primigenia de ser fuente de socialización. A partir del siglo XX aparecen históricamente los Estados Modernos, desarrollados económicamente, generalmente con una estructura jurídica fundamentada en un estado de derecho, donde la familia es protegida por el sistema jurídico como también en lo económico, social y cultural. En el caso nuestro, la Constitución Política del Perú, en su artículo cuarto establece lo siguiente: “la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente a la madre y al anciano, en situación de abandono, también protege a la familia y promueven el matrimonio, reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

2.2.2. CONCEPTO JURIDICO DE ASISTENCIA FAMILIAR:

Al respecto, el Código Civil en su artículo cuatrocientos setenta y dos nos dice “la asistencia familiar está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como tal, a lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, capacitación para el trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia.”

Otra apreciación importante del concepto de asistencia familiar contempla que: “las relaciones jurídicas creados a partir del matrimonio,

adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad, hasta el llamado débito familiar, lo que implica un deber de asistencia familiar por la persona o personas encargadas de garantizar, de manera natural e inexcusable, el mantenimiento de las condiciones mínimas materiales del sustento y formación de los miembros de su familia.

2.3.DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ:

En el Perú, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, se regula con la Ley No. 13906 del 24 de marzo de 1962 bajo el título de Ley de Abandono de Familia, actualmente derogada.

El Código Penal Vigente, en su artículo ciento cuarenta y nueve centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente, vale decir, es un reclamo de naturaleza patrimonial.

El profesor Santiago Mir Puig, sostiene: “No todo bien jurídico requiere tutela penal”, sólo a partir de la concurrencia de suficiente importancia material y de necesidad de protección por el derecho penal, puede un determinado interés social, obtener la calificación de “bien Jurídico Penal”.

En el literal c) del artículo dos inciso veintidós de la Constitución Política del Estado Peruano, señala “Que no hay prisión por deudas, lo que significaría. Nos dice el doctor (Bramont Arias, Ley de abandono de Familia; Bramont Arias & Garcia Cantizano, Manual de Derecho Penal) y otros, que supondría que el artículo ciento cuarenta y nueve del Código penal, resultaría inconstitucional”.

Pero este planteamiento, es desbaratado por Bernel del Castillo Jesús en su obra “El Delito de Pago de Pensiones”, al sustentar que la criminalización de

la Omisión a la Asistencia Familiar se da a partir de la presencia de un bien jurídico de gran relevancia, como es la familia, que debe ser protegido por el orden público, porque su asistencia familiar depende del pago alimentario por conceptos de alimentos, vestido, vivienda, salud, educación, capacitación para el trabajo, recreación, es decir, está relacionada con los elementos básicos de supervivencia y siendo la familia el elemento más trascendente del Estado, entonces existen fundamentos sólidos para desbaratar cualquier duda que exista sobre la intervención punitiva en la represión de tal conducta, más aún si el mismo artículo sexto del Texto Constitucional establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

En este sentido como lo hacen (Bramont Arias & Garcia Cantizano, Manual de Derecho Penal) que el “Bien jurídico que se protege es la Familia”. El delito de Omisión a la Asistencia Familiar tiene su idea “fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia”, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial.

El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la obligación establecida por una Resolución Judicial. “Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo y especialmente los deberes de tipo asistencial”.

En el Perú la posición adoptada a partir de la dación de la Ley 13906.

Como dijimos, esta ley llamada también ley de abandono de familia del 24 de marzo de 1962, adopta desde aquella ocasión una posición ecléctica, ubicada entre la posición ampliada, cuyos exponentes fueron la legislación española y la italiana, al comprender los deberes que provenían de la familia, tanto materiales como morales, correspondiendo al ámbito susceptible de incriminación; es la posición restringida, representada por la legislación Francesa, que limita los intereses a los deberes materiales.

2.3.1 EL DERECHO PENAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Como bien sabemos, el Derecho Penal es un medio de control social formal, pero este control social es de última ratio, es decir, solo se pone de manifiesto cuando otros medios de control blandos han fracasado.

Es así que en la doctrina no pocos entendidos han señalados que la intervención en las relaciones familiares del Estado vía derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina (Salinas Siccha, 2008). Continúa el mismo profesor afirmando que no se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad. Se afirma que el estado debe abstenerse de intervenir por aquel medio.

Sin embargo tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden librarse. En efecto la criminalización de tal omisión se sustenta en la protección del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral.

2.3.2 ESQUEMA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO

Si bien es cierto el Derecho Penal es un medio de control social de última instancia, también conocido como el principio de intervención mínima o última ratio, el cual hace hincapié en que únicamente el Derecho Penal puede ser ejercido cuando los demás medios de control social no hayan sido suficientes. Este principio reviste una gran importancia, debido a que el Estado, al ejercer su potestad punitiva, puede lesionar gravemente bienes jurídicos fundamentales de la persona a la que se le aplica la pena, de ahí la importancia de recurrir en última instancia "al ámbito de regulación penal" (Malo Camacho, 1998), pues como se sabe el Derecho Penal es la expresión más gravosa con la que cuenta el Estado.

En ese sentido, el Derecho Penal ha sido utilizado ilegítimamente por los estados, especialmente entre nuestro país, en donde el legislador penal cree que criminalizando una conducta, va a dar solución a un problema que sus causas vienen de la misma sociedad, en donde los medios de control social informales como la familia, la iglesia, la escuela, etc.; han fracasado con lo cual no estamos de acuerdo; sin embargo, el delito que nos ocupa en este trabajo, creemos que es conveniente la utilización del sistema punitivo para sancionar a aquellas personas que omiten su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial a sus familiares que se le hayan solicitado, de ello resalta el siguiente esquema generalizado del capítulo IV concerniente a la omisión a la asistencia familiar.

2.3.3 OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

CONCEPTO DE ALIMENTOS

En nuestra legislación extrapenal, especialmente en el artículo 472 del Código Civil vigente encontramos el concepto de alimentos. Así, conforme a dicha norma se entiende por alimentos lo que es Indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Por su parte, abarcando aspectos más amplios e importantes, el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 101 dispone que se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También, se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

En consecuencia, haciendo una interpretación-resumen de las normas citadas podemos concluir que para efectos del presente trabajo, se considera por alimentos todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor, considerando también los gastos del embarazo y parto de la madre.

En tal sentido lo entiende la jurisprudencia cuando, por ejemplo, en Resolución del 16 de julio de 1998, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, asevera "que, el encausado no solo ha incumplido sus más elementales obligaciones como padre impuestos por la naturaleza y así mismo por nuestra ley vigente, en este caso el artículo ochenta y dos del Código de los Niños y Adolescentes, ya que es obligación de los padres el cumplir con los alimentos, los mismos que deben de entenderse como los alimentos propiamente dichos, vivienda, vestido, educación, instrucción, recreo, atención médica y los demás factores externos que requieren tanto los niños como los adolescentes para su normal desarrollo psico-biológico, conforme a lo normado por el artículo ciento uno del cuerpo de leyes ya citado".

Héctor Cornejo Chávez indicaba en forma certera que el concepto de alimentos excepcionalmente puede restringirse a lo estrictamente requerido para la subsistencia (alimentos necesarios) o, a la inversa, extenderse a lo que demanden la educación o instrucción profesional del alimentista (como ocurre cuando se trata de menores).

De ese modo, se constituye en un deber impuesto jurídicamente a una persona o personas de asegurar la subsistencia de otra u otras personas.

2.3.4 SUJETOS QUE TIENEN EL DEBER DE LOS ALIMENTOS:

El artículo 475 del corpus juris civilis dispone que los alimentos se prestan entre sí por los cónyuges, por los descendientes, por los ascendientes y por los hermanos. En cambio, desde la óptica del menor, el Código de los Niños y Adolescente en el artículo 102 prevé que es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de estos, prestan alimentos en el orden siguiente: los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del menor (tutor o guardador).

Disposiciones legales a tenerse en cuenta para efectos de la aplicación del derecho punitivo ante el incumplimiento de las obligaciones alimenticias lo constituyen los artículos 478 y 479 del Código Civil. Allí, se dispone imperativamente que cuando el cónyuge deudor de los alimentos, no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, según su situación, están obligados los parientes. En el caso de la obligación alimenticia entre ascendientes y descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue según lo prescrito por la ley (artículos 475 y 476 del C.C.).

En ese sentido, debe entenderse que el deber de pasar alimentos no es absoluto, sino relativo. En efecto, ante la imposibilidad material del obligado a prestar los alimentos, el legislador nacional ha previsto que pueden ser sustituidos por los parientes que siguen en el orden prescrito por la ley. Lo que se busca, en definitiva, es evitarla indefensión de aquel que tiene derecho a los alimentos.

De las normas de nuestro sistema jurídico vigente se evidencia que tienen derecho a los alimentos, los menores de dieciocho años. Si se trata de una persona de más edad a la citada, solo tiene derecho a los alimentos

cuando no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia (artículo 473 C.C.) o, en su caso, siga estudios superiores con éxito (artículo 483 C.C.) Asimismo, tiene derecho a los alimentos los cónyuges entre sí, los ascendientes, descendientes y los hermanos (artículo 474 C.C.).

2.3.5 EL DERECHO PENAL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

En doctrina, no pocos entendidos han señalado que la intervención en las relaciones familiares del Estado vía derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina.

No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad. Se afirma que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquel medio. Sin embargo, pensamos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden substraerse. El incumplimiento de los deberes alimenticios pone, la mayor de las veces, en forma grave y seria en peligro la salud y la vida de los agraviados. No obstante ello, no significa caer en cierto dramatismo Como afirma Javier Villa Stein, sino más bien proteger con realismo deberes imperativos cuando dolosamente algunas personas se pretenden sustraer. La intromisión Del derecho penal en las relaciones familiares trae Como positiva consecuencia que los ciudadanos internalicen y afirmen la convicción: los deberes impuestos por la naturaleza y la ley son de cumplimiento imperativo e ineludible.

2.3.6 INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

2.3.6.1 TIPO PENAL:

La figura delictiva de incumplimiento doloso de obligación alimentaria aparece tipificado en el tipo penal del artículo 149 del código sustantivo que ad litterae indica:

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.

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

Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

2.3.6.2 TIPICIDAD OBJETIVA

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

El legislador, al elaborar el tipo penal ha utilizado el término "resolución" para dar a entender que comprende, tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que

se fija en el inicio del proceso o inmediatamente de iniciado, en favor del beneficiario. En efecto, basta que se omita cumplir la resolución judicial debidamente emitida y puesta en su conocimiento al agente, para estar ante una conducta delictiva. Es un delito de peligro. La víctima no requiere probar haber sufrido algún daño con la conducta omisiva del agente. Es suficiente que se constate que el obligado viene omitiendo dolosamente su obligación de asistencia establecida por resolución judicial, para perfeccionarse el ilícito.

En este aspecto no existe mayor controversia para los especialistas peruanos. En ese sentido, (Bramont Arias & Garcia Cantizano, Manual de Derecho Penal) enseñan que "para la ejecución del tipo no se requiere la causación de un perjuicio efectivo, ya que es suficiente con la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por eso se dice que es un delito de peligro. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo". Por su parte, Villa Stein afirma que "la conducta que exige el tipo es la omisiva de no prestar los alimentos conforme lo ordena una resolución judicial, poniendo en peligro la satisfacción de necesidades básicas del necesitado. Es pues un delito de peligro".

Incluso, la jurisprudencia nacional así lo ha entendido. Como ejemplos tenemos la Ejecutoria Suprema del 01 de julio de 1999, donde se enseña "que, conforme a la redacción del artículo ciento cuarentinueve del Código Penal el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente, omite cumplir con la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, razón por la que se dice que es un delito de peligro, en la

medida que basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a (al incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo, requiriéndose que dicho comportamiento se realice necesariamente a título de dolo". También aparece como precedente jurisprudencial la Resolución del 09 de enero de 1998 de la Corte Superior de Lima donde se apunta: "Además que se configura el delito de Asistencia Familiar cuando el obligado a prestar alimentos (sujeto activo) de acuerdo a una resolución judicial deja de cumplir su obligación, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud de los alimentistas (sujetos pasivos)". La misma posición se traduce en la Resolución del 21 de mayo de 1998 cuando la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, sostiene "que, el comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida, por una resolución judicial. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial".

También para la configuración del delito en hermenéutica resulta indispensable la pre existencia de un proceso civil sobre alimentos, en el cual un juez natural ha precisado el deber de asistencia inherente a la institución familiar; de ese modo, la obligación de asistencia tiene que ser precisada mediante resolución judicial consentida. Sin previo proceso sobre alimentos es imposible la comisión del ilícito penal de omisión de asistencia familiar.

Asimismo, el obligado debe tener pleno conocimiento de aquel proceso sobre alimentos, es más, debe tener conocimiento,

por medio del acto procesal de la notificación, del monto de la pensión alimenticia mensual y el plazo en que debe cumplirlo.

En efecto, si el obligado nunca conoció la existencia del proceso sobre alimentos, o en su caso, nunca se le notificó el auto que le ordena pagar la pensión alimenticia, no aparecerán los elementos constitutivos del hecho punible de omisión de asistencia familiar. Ello se constituye en lo que en Derecho Procesal Penal se denomina requisito objetivo de procedibilidad.

Hay unanimidad en la doctrina jurisprudencial respecto de esta cuestión. Como ejemplos gráficos basta citar tres precedentes jurisprudenciales emitidos por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima. Así, en la Resolución de fecha 01 de junio de 1998, por la cual se declara fundada la cuestión previa deducida, se indica "que, la omisión de asistencia familiar prevista y penada por el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal se configura siempre que el agente desatendiendo una resolución judicial no cumple con pagar las pensiones alimenticias, por consiguiente es necesario que, antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación con el apercibimiento expreso de acudir a la vía penal, pues este hecho acreditará su renuencia consciente de cumplir con sus obligaciones alimentarias, situación que no se produce en el caso materia de autos". También en la Resolución de fecha 18 de noviembre de 1998, confirmando el auto de no haber lugar a instrucción, se sostiene "que de lo actuado en ese proceso de alimentos se advierte que al denunciado se le sigue el juicio en rebeldía, no pareciendo actuado alguno con el que podamos establecer que aquel se hubiese apersonado señalando domicilio procesal, que en consecuencia no habiéndose acreditado

a plenitud, habérsele notificado con arreglo a ley con la resolución de fojas veintiuno, la venida en grado se encuentra arreglada a ley".

Finalmente, se tiene la Resolución Superior del 21 de setiembre de 2000, por la cual revocando la resolución recurrida y reformándola declaró fundada la cuestión previa deducida por el procesado. Aquí se expresa "que, reiterada ejecutoria inciden en que previamente a la formalización de la denuncia penal por delito de omisión de asistencia familiar, .se debe verificar que el demandado fue debidamente notificado de las resoluciones que lo requerían para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente (...) que. En consecuencia, del estudio de autos se advierte que el procesado varió su domicilio legal en el Pasaje ciento diez- Barranco, tal como puede apreciarse a fojas (...); por lo que, al haberse notificado en domicilio diferente al anotado (...) se infiere que el procesado no ha tomado conocimiento efectivo del requerimiento anotado, lo cual importa la no concurrencia de uno de los requisitos de procedibilidad de la presente acción penal".

Asimismo, no se configura el delito de omisión de asistencia familiar si la resolución judicial que ordenaba el pago de una pensión alimenticia mensual fue revocada o dejada sin efecto. Así, nuestra Suprema Corte, por Ejecutoria Suprema del 30 de enero de 1998, ha establecido el siguiente precedente jurisprudencial: "que, en efecto, mediante resolución que en fotocopia corre a fojas setentisiete, la Sala Civil de la Corte Superior de Piura revocó la sentencia de Primera Instancia que disponía que los procesados abonen una pensión alimenticia, en favor de la menor agraviada; que, consecuentemente al no subsistir mandato judicial que obligue el pago de dicho concepto a los

acusados, no habrían incurrido en la comisión del delito instruido siendo del caso absolverlos (...)".

Por otro lado, la renuncia al pago de las pensiones devengadas (aquellas que tomando como referencia la pensión definitiva se genera desde el momento de la notificación de la demanda al obligado hasta que inicia su pago), de modo alguno, constituye elemento constitutivo del delito. La interpretación coherente del tipo penal indica que solo aparecen como presupuestos indispensables del presente delito la omisión o renuencia a cumplir con lo que ordena una sentencia o una resolución de asignación provisional de alimentos.

La resolución por la cual se requiere que el obligado pague las pensiones devengadas queda excluida como elemento del delito. A lo más puede constituirse en una prueba con eficacia positiva para evidenciar que aquel está incurso en el delito de omisión de asistencia familiar o en todo caso, la renuencia al pago de los devengados puede constituir circunstancia a tener en cuenta para el momento de individualizar la pena e imponerle el máximo de ser el caso.

En tal sentido, no se configura el delito cuando el obligado pese a ser renuente al pago de las pensiones devengadas viene cumpliendo con pasar su pensión, alimenticia mensual tal como ordena la sentencia en el proceso sobre alimentos. Sostener lo contrario devendría en abonar terreno para el resurgimiento de la proscrita figura denominada "prisión, por deudas".

En suma, será autor del delito de omisión de asistencia familiar aquel ciudadano que una vez notificado una asignación

provisional o la sentencia por la cual se le obliga pagar determinada suma de dinero por concepto de pensión alimenticia, no lo hace. Caso contrario, no cometerá delito si una vez notificado la resolución de asignación provisional o la sentencia, el obligado cumple devotamente con el pago de la pensión establecida en la forma indicada en la resolución.

Las pensiones devengadas, al constituirse automáticamente en una deuda, en aplicación coherente de nuestro sistema jurídico imperante, de manera eficaz y positiva debe hacerse efectiva en el mismo proceso civil haciendo uso, para ello, de la institución del embargo debidamente regulado en el artículo 642 y siguientes del Código Procesal Civil. Nada justifica que se utilice al derecho punitivo para cobrar pensiones dejadas de pagar cuando el obligado cumple al pie de la letra la resolución final del proceso de alimentos. No debe olvidarse que el derecho penal es un medio de control social de última ratio, al cual solo debe recurrirse cuando los otros mecanismos de control han fracasado.

2.3.6.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

Normalmente se piensa que el ilícito penal de omisión de asistencia familiar protege la familia. Creencia desde todo punto de vista discutible. En muchos casos, antes que la conducta del agente se torne en delictiva, la familia está seriamente lesionada, cuando no disuelta. Situación que no corresponde resolver al derecho penal. En efecto, el bien jurídico que se pretende tutelar al tipificar este ilícito, es el deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí. Aquel deber se entiende como la obligación que se tiene que cumplir con los requerimientos

económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de su familia.

En esta línea, (**Bramont Arias & Garcia Cantizano, Manual de Derecho Penal**) citando a **Muñoz Conde, Bustos Ramírez:, Cobo del Rosal y Soler**, “afirman que el bien jurídico que se protege es la familia, pero no toda la familia sino, específicamente deberes de tipo asistencial, donde prevalece aún más la idea de seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia”.

Este aspecto lo tiene claro la jurisprudencia. Así en la Ejecutoria Superior del 27 de setiembre de 2000 se establece que "el bien jurídico protegido 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".

SUJETO ACTIVO:

El agente de la conducta delictiva puede ser cualquier persona que tenga obligación de prestar una pensión alimenticia fijada previamente por resolución judicial. De ese modo, se convierte en un delito especial, pues nadie que no tenga obligación de prestar alimentos como consecuencia de una resolución judicial consentida, puede ser sujeto activo. Si no existe resolución judicial previa, no aparece el delito.

Mayormente el agente de este delito tiene relación de parentesco con el agraviado. En efecto, el sujeto activo puede ser el abuelo, el padre, el hijo, el hermano, el tío, respecto de la

víctima; asimismo, puede ser el cónyuge respecto del otro o, finalmente, cualquier persona que ejerce por mandato legal, una función de tutela, curatela o custodia, pero siempre con la condición de estar obligado a pasar pensión alimenticia en mérito a resolución judicial.

SUJETO PASIVO:

Agraviado, víctima o sujeto pasivo de la conducta punible es aquella persona beneficiaría de una pensión alimenticia mensual por mandato de resolución judicial. La edad cronológica no interesa a los efectos del perfeccionamiento del delito, puede ser mayor o menor de edad. Basta que en la resolución judicial de un proceso sobre alimentos aparezca como el beneficiado a recibir una pensión de parte del obligado, para constituirse automáticamente en agraviado ante la omisión dolosa de aquel.

Igual como el sujeto activo, puede ser sujeto pasivo el abuelo, el padre o madre, el hermano, el hijo, el tío respecto del obligado, el cónyuge respecto del otro y aquel que está amparado por la tutela, curatela o custodia.

DELITO DE OMISIÓN PROPIA:

Al revisar el Código Penal encontramos tipos penales que describen conductas positivas (comisión).

El agente debe hacer algo. Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). El agente debe dejar de hacer algo para cumplir las exigencias del tipo y, así,

lesionar una norma preceptiva que le obliga a ejecutar algo (artículo 13 C.P.). Lo común en una conducta de omisión y otra de comisión es que el autor o agente siempre tenga el dominio de la causa del resultado dañoso.

La omisión de la conducta esperada generalmente se la vincula a un resultado socialmente dañino, más la sanción al agente no depende de la producción de aquel resultado, sino de la simple constatación de la "no realización de la acción legalmente ordenada". Es importante tener en cuenta que, en los delitos de omisión, el agente se encuentra en la posibilidad de accionar. Lo que es imposible de evitar no puede ser omitido.

La responsabilidad del agente de una conducta omisiva se resuelve aplicando la teoría de "la acción esperada", es decir, se deduce la responsabilidad del autor por haber omitido la realización de "algo exigido".

En ese orden de ideas, se concluye que el delito de omisión de asistencia familiar se constituye en un ejemplo representativo de los delitos de omisión propia. El agente omite cumplir sus deberes legales de asistencia alimenticia, pese a que existe una resolución judicial que así lo ordena. El autor omite realizar lo que se le exige a través de una orden judicial, esto es, prestar los alimentos al agraviado.

Es un delito de omisión propia, donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia. Así lo tiene aceptado nuestra Suprema Corte. En efecto, en la Ejecutoría Suprema del 12 de enero de 1998, reproduciendo, incluso, lo

esgrimido por los autores citados, nuestro máximo tribunal sostiene "que, el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una resolución judicial, siendo un delito de omisión propia donde la norma de mandato consiste en la obligación que- pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia".

DELITO PERMANENTE:

Existe delito permanente cuando la acción antijurídica y el efecto necesario para su consumación se mantienen en el tiempo sin intervalo por la voluntad del agente. Este tiene el dominio de la permanencia. Cada momento de su duración se repula como una prórroga del estado de consumación. La prolongación de la conducta antijurídica y su efecto consiguiente, viene a determinar el tiempo que dura la consumación. La finalización de este dinamismo prorrogado puede producirse ya sea por voluntad del agente o por causas extrañas como por intervención de la autoridad.

Siendo así, se evidencia que el delito de omisión de auxilio familiar constituye un delito permanente. La omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia mensual y por adelantado se produce y permanece en el tiempo, sin intervalo, siendo el caso que tal estado de permanencia concluye cuando el obligado, quien tiene el dominio de la permanencia, voluntariamente decide acatar la orden judicial o por la intervención de la autoridad judicial que coactivamente le obliga a cumplir su deber asistencial. No obstante, el delito se ha perfeccionado. El cese de la

permanencia tiene efectos para el plazo de la prescripción que de acuerdo al inciso 4 del artículo 82 del código sustantivo comienza a partir del día en que cesó la permanencia.

En tal sentido se pronunció la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima por Resolución del 01 de julio de 1998, en la que se afirma: "Que en los delitos de Omisión de Asistencia Familiar, el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psico-físico es puesto en peligro, por lo que es un delito de Omisión y de naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumple con la obligación alimentaria el delito subsiste".

No le falta razón al profesor Roy Freyre cuando afirma que casi todos los delitos de omisión propia son de carácter permanente, siendo que la permanencia desaparece en el mismo momento en que, por cualquier motivo, no exista más la posibilidad que el agente cumpla con el deber de prestación esperado o cuando se decida a proceder de conformidad con su deber.

En esta misma línea doctrinal, 50 Vocales Superiores integrantes de Salas Especializada en lo Penal con la presencia de algunos Vocales Supremos, en el Pleno Jurisdiccional penal realizado en la ciudad de Ica, en noviembre de 1998, acordaron "por unanimidad, declarar que solo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración está

puesta bajo la esfera de dominio del agente". Aquí, siguiendo las tendencias modernas del derecho penal, el pleno jurisdiccional adoptó el concepto de delito permanente de acuerdo con la teoría del dominio del hecho. En consecuencia, como volvemos a insistir, la prolongación del estado consumativo del delito está bajo el dominio o esfera del agente, es decir, el autor tiene todas las posibilidades de poner fin a la permanencia. Del autor depende que la permanencia subsista o en su caso, se le ponga fin. Sin mayor discusión, doctrinariamente se pone como ejemplo representativo del delito permanente al delito de secuestro.

No obstante tener claro el concepto del delito permanente, el Pleno Jurisdiccional citado incurrió en un despropósito al acordar por mayoría que "los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión de asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes". Tal acuerdo confunde los conceptos y ha originado la emisión de resoluciones judiciales que lesionan el valor justicia, toda vez que los procesos judiciales de omisión de asistencia familiar iniciados están finalizando con la declaración de la prescripción de la acción penal sin que el obligado haya llegado a cumplir realmente su obligación alimenticia.

En efecto, actualmente en la jurisprudencia peruana es común advertir el siguiente razonamiento: "a efectos de establecer la naturaleza del delito en cuanto al aspecto consumativo, debe tenerse en cuenta la concepción del verbo rector omitir, de lo que se colige que nos encontramos frente a un delito de consumación instantánea, toda vez que la acción omisiva también ostenta dicho carácter, máxime si en el tipo

penal anotado, no se describe ninguna acción complementaria al verbo citado que implique la permanencia de la conducta, como en el delito de extorsión por ejemplo (uno de los supuestos previstos en el artículo doscientos del Código Penal consistente en mantener de rehén a una persona); que, desde el momento consumativo del delito, a la fecha, al haber transcurrido más de cinco años, la acción penal que generó la conducta omisiva incriminada al encausado, se ha visto afectada extintivamente, pues según la pena máxima de tres años prevista en el numeral citado, concordante con los artículos ochenta y ochentitrés del Código Penal, la vigencia de la acción penal quedó limitada al plazo de cuatro años y seis meses, .situación táctica de la que emerge el imperativo de amparar la excepción de prescripción acorde a los establecido en el último párrafo del artículo quinto del Código de Procedimientos Penales".

Asimismo, no constituye un delito continuado, como afirman algunos tratadistas, puesto que este aparece cuando varias violaciones de la misma ley penal son cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de una misma resolución criminal (artículo 49 C.P.). En otros términos más concretos, el delito es continuado cuando el hecho consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su realización o ejecución. Situación que no se evidencia en el delito de omisión de asistencia familiar desde que el estado de consumación en ningún momento se fracciona.

El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas esas se valoran juntas como

un solo delito. El clásico ejemplo del cajero gráfica en toda su magnitud el concepto del delito continuado. En efecto, el cajero de un establecimiento comercial que durante largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por el realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto por el importe total.

2.3.6.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES:

En los dos últimos párrafos del tipo penal del artículo 149 del código sustantivo, se prevé las circunstancias que agravan la responsabilidad penal del sujeto activo y, por tanto, agravan la pena. Así tenemos:

a. Simular otra obligación de alimentos. Esta agravante se configura cuando el obligado a prestar la pensión alimenticia, en connivencia con una tercera persona, inicia un proceso sobre alimentos simulado o aparente con la única finalidad de disminuir el monto de su ingreso mensual disponible y, de ese modo, hacer que el monto de la pensión sea mínimo en perjuicio del real beneficiario. La simulación puede ser antes que el real beneficiario inicia su proceso sobre alimentos, o esté en trámite tal proceso, o cuando aquel haya concluido y el obligado malicioso inicie un prorrateo de pensión alimenticia.

b. Renuncia maliciosa al trabajo. Ocurre cuando el obligado con la única finalidad perversa de no tener un ingreso mensual y, de ese modo, hacer imposible el cumplimiento de la resolución judicial, renuncia a su trabajo permanente que se le conocía. Puede tomar tal actitud en pleno trámite del proceso de

alimentos, o aquel haya concluido y se presente ante la autoridad jurisdiccional como insolvente y solicite una disminución de pensión.

c. Abandono malicioso al trabajo. Igual que en la anterior hipótesis, se, evidencia cuando el obligado, en forma maliciosa y perversa y con la única finalidad de presentarse como insolvente en perjuicio del beneficiario, abandona su centro de trabajo, originando que sea despedido y de esa manera no tener un ingreso para un calcule; real del monto de la pensión alimenticia a que está obligado.

d. Lesión grave previsible. Se evidencia esta circunstancia agravante cuando el obligado con su conducta omisiva de prestar el auxilio alimenticio al beneficiario, origina o genera una lesión grave en el sujeto pasivo, la misma que para ser imputable o atribuible al agente, debe ser previsible. Si llega a determinarse que aquella Sesión era imposible de prever no aparecerá la circunstancia agravante.

e. Muerte previsible del sujeto pasivo. Se presentará esta circunstancia agravante cuando el agente con su conducta omisa a cumplir con la pensión alimenticia a favor del beneficiario origina u ocasiona de modo previsible la muerte de aquel. Caso contrario, si llega a determinarse que la muerte del sujeto pasivo no era previsible, no será atribuible al obligado renuente. Ocurrirá, por ejemplo, cuando el obligado omite pasar la pensión alimenticia a su cónyuge que sabe se encuentra sola, enferma e incapaz de trabajar y generarse su sustento, originando su muerte por inanición.

Incluso, concurre la agravante cuando el autor de la conducta omisiva es renuente a pasar la pensión alimenticia a la mujer que sabe que embarazó y, como consecuencia de ello origina la interrupción del embarazo.

2.3.6.5 TÍPICIDAD SUBJETIVA:

El tipo penal exige la presencia del elemento subjetivo dolo para la configuración del injusto penal. No es posible la comisión por imprudencia o culpa.

En efecto, el autor debe tener pleno conocimiento de su obligación alimentaria impuesta por medio de resolución judicial firme y voluntariamente decide no cumplirlo. De esa forma, la Resolución Superior del 21 de setiembre de 2000 expresa que "el delito de omisión de asistencia familiar se produce, cuando el infractor incurre en la conducta descrita en el artículo ciento cuarenta y nueve del código penal, mediando dolo en su accionar, esto es, con la conciencia y voluntad de que se está incumpliendo una obligación alimentaría declarada judicialmente".

En ese sentido, no habrá delito por falta del elemento subjetivo, cuando el obligado por desconocimiento de la resolución judicial que así lo ordena no cumple con prestar la pensión alimenticia al beneficiario, o cuando conociendo aquella resolución judicial le es imposible materialmente prestar los alimentos exigidos. De modo alguno podremos decir que un enfermo postrado en cama muchos meses ha cometido el delito de omisión de asistencia familiar al no acudir al beneficiario con la pensión a la que está obligado. Puede tener toda la voluntad

de cumplir con su obligación alimentaria, sin embargo, su imposibilidad de generarse ingresos y no tener bienes que le generen renta, le hace imposible cumplir con lo ordenado. El derecho penal no obliga a lo imposible ni exige conductas heroicas de los ciudadanos.

Es más, ello es el sentir del legislador nacional cuando en nuestro código civil vigente ha previsto en los artículos 478 y 479 que ante la imposibilidad material del obligado a prestar los alimentos, puede ser sustituido por aquel le sigue según lo prescrito por la ley.

2.3.6.6 ANTIJURIDICIDAD:

Una vez verificado los elementos objetivos y subjetivos en la conducta de La omisión de asistencia familiar, corresponde al operador jurídico verificar si en aquella conducta concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. En este delito no hay mayor trascendencia respecto a la antijuricidad.

2.3.6.7 CULPABILIDAD:

Luego de verificar que en la conducta típica no concurre alguna causa de justificación, en seguida el operador jurídico deberá determinar si el autor es mayor de edad y no sufre de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. Una vez que se verifique que el agente es imputable, el operador jurídico analizara si al momento de omitir cumplir con su obligación alimenticia dispuesta por resolución judicial, el autor actuó

conociendo la antijuricidad de su comportamiento, esto es, sabía que su conducta estaba prohibida.

Si llega a verificarse que el agente actuó en la creencia que su conducta no estaba prohibida, es posible invocar un error de prohibición. Por ejemplo, se configura un error de prohibición cuando un padre religiosamente venía cumpliendo con pagar la pensión alimenticia ordenada por resolución judicial en favor de su hija, sin embargo, al cumplir la alimentista sus 18 años de edad y seguir estudios universitarios, deja de consignar la pensión en la creencia firme que al ser su hija mayor de edad ha desaparecido su obligación de prestarle asistencia alimenticia.

Caso contrario, de verificarse que el agente actuó conociendo la antijuricidad de su conducta, al operador jurídico le corresponderá analizar si el agente al momento de actuar pudo hacerlo de diferente manera a la de exteriorizar la conducta punible. Aquí, muy bien, puede invocarse un estado de necesidad exculpante. Este se presentará por ejemplo, cuando un padre por más intenciones que tiene de cumplir con la obligación alimenticia en favor de sus hijos, no puede hacerlo debido que a consecuencia de un lamentable accidente de tránsito quedó con invalidez permanente que le dificulta generarse los recursos económicos, incluso, para su propia subsistencia. De presentarse este supuesto de modo alguno significa que los alimentistas quedan sin amparo, pues como ya hemos referido, la ley extrapenal ha previsto otros obligados.

2.3.6.8 CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:

Respecto de este punto observamos que existe confusión entre los entendidos de la materia. En efecto (Bramont Arias & Garcia Cantizano, Manual de Derecho Penal) enseñan que el delito se consuma en el momento de vencerse el plazo de requerimiento que fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento.

No obstante, para salir de la confusión creemos que, en primer lugar, debe hacerse una distinción entre consumación de un hecho punible y acción penal. Hay consumación de un delito cuando el sujeto activo da cumplimiento a todos los elementos objetivos y subjetivos que exige el tipo penal correspondiente. En tanto, que acción penal es la potestad o facultad del Estado de poner en marcha la maquinaria de la administración de justicia para sancionar a aquellos ciudadanos que vulneran o ponen en peligro un bien jurídico debidamente protegido.

De ese modo, el ilícito penal de omisión de asistencia familiar se perfecciona o consuma, cuando el sujeto activo teniendo pleno y cabal conocimiento de la resolución judicial que le ordena pasar determinada pensión alimenticia mensual al beneficiario, dolosamente omite cumplir tal mandato. Basta que se verifique o constate que el obligado no cumple con la resolución judicial que le ordena prestar los alimentos al necesitado, para estar ante el delito consumado. No se necesita por ejemplo, acreditar la concurrencia de algún peligro como resultado de la omisión.

Cuestión diferente es el requerimiento que debe hacerse al obligado con la finalidad que cumpla con lo ordenado por la resolución judicial. Ello simplemente es una formalidad que se exige y debe cumplirse para hacer viable la acción penal respecto de este delito. El requerimiento que se hace al obligado que dé cumplimiento lo ordenado en Resolución judicial, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad.

En consecuencia, si no aparece tal requerimiento es imposible formalizar positivamente la acción penal pese que el hecho punible aparece debidamente consumado. Sin requerimiento previo no prospera la acción penal respecto del delito de omisión de asistencia familiar. Respecto de esta situación, si bien no existe norma positiva que así lo exija, ha sido establecida jurisprudencialmente tal como hemos advertido al analizar la tipicidad objetiva.

En cuanto a la categoría de la tentativa, hay unanimidad en la doctrina en considerar que es imposible su verificación en la realidad toda vez que se trata de un delito de omisión propia.

2.3.6.9 PENALIDAD:

Después del debido proceso, el agente de la conducta prevista en el tipo base será sancionado 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. En el caso de simulación de otra obligación, renuncia o abandono de trabajo, la pena oscila entre no menor de uno ni mayor de cuatro años. De presentarse la

circunstancia agravante de lesión grave en el sujeto pasivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años; en caso de muerte, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años.

2.4. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR (CÓDIGO PENAL VIGENTE)

Como se ha indicado en forma precedente este delito se encuentra tipificado en el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal vigente y está estructurado en tres párrafos, que se expone a continuación:

2.4.1. PÁRRAFO PRIMERO, REFIERE:

“El que omite cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”; a este respecto se puede mencionar que la Corte Suprema de la República, en su ejecutoria del 12 de enero del año 1988 (Expediente N° 7304-97) dice: “Que 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”. Es así que conociendo su deber jurídico, se le requiere mediante resolución judicial, para que cumpla con la obligación del pago alimentario y no obstante ello persiste en su incumplimiento, por lo que se penaliza su conducta omisiva ante la resistencia a la autoridad judicial, en aplicación al artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal. En este injusto penal, no es permitido el pago parcial del deber jurídico que

corresponde al pago alimentario por parte del agente, para que quede sin efecto, dicho pago debe ser total, de lo contrario procede la acción penal por omisión al deber impuesto no cumplido.

Tapia Vives “Si se permite el pago parcial o tardío de la obligación alimentaria, se debilitaría en gran medida la pretensión de prevención general positiva inminente que se intenta conseguir a través de la pena”.

2.4.2. PÁRRAFO SEGUNDO, REFIERE:

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

En este supuesto, de falsedad o engaño tanto el agente como el cómplice tiene responsabilidad penal, siendo común también que el obligado se presente como una persona incapaz de satisfacer su propia obligación alimentaria y así poder sustraerse de la misma.

Es un hecho conocido por toda la existencia de un alto porcentaje de procesos sobre este delito y usar todos los recursos posibles para evadir responsabilidades s operadores de la justicia.

2.4.3. PÁRRAFO TERCERO, REFIERE:

Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieran ser previstas, la pena no será menor de dos años ni mayor de cuatro, en caso de lesiones graves, y no menor de tres ni mayor de seis en caso de muerte.

Lo antes expuesto, constituyen agravantes, que corresponden al primero y segundo párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal.

El párrafo tercero, es bastante polémico, porque en la realidad social es frecuente el abandono de los hijos por parte de los padres y familiares, sin embargo a la sede judicial, no acuden todos los casos y si presentan la incidencia estadística, no es representativa especialmente del número de niños abandonados, a consecuencia de esta realidad, siendo miles de personas en que se encuentran en extrema pobreza al ser abandonados por las personas obligadas a proporcionarles los medios de subsistencia necesarios para vivir, y no existe otra alternativa que verse obligados a trabajar tempranamente como en el caso de niños y adolescentes específicamente, abandonando sus estudios.

Si a estos niños los evaluáramos psicológica y físicamente de seguro que se le detectaría lesiones graves e irreversibles, que en un futuro cercano al ser insertados en el mundo social y económico se verán notablemente disminuidos, por estas razones este problema no sólo compete al Poder Judicial, el cual es el órgano que resuelve los procesos, sino también a la crisis social y económica, porque no es desconocido que no sólo existe renuencia al pago de la obligación sino que en un alto porcentaje el monto de las pensiones alimenticias es mínimo fluctuando entre ciento veinte y doscientos nuevos soles mensuales , aunándose al respecto que los demandantes , en su mayoría son hijos alimentistas ,a quienes sólo les corresponde alimentos hasta la mayoría de edad o llegada a la misma no pueden proveerse su propia subsistencia por incapacidad física o mental , no siendo extraño por ello que también sean considerables los procesos sobre exoneración de alimentos para pedir el cese de este derecho cuando los hijos alimentistas apenas han llegado a la mayoría de edad, frustrando sus proyectos de estudio en el futuro. También se considera necesario comentar sobre los usos que se vienen dando en la práctica, que con el propósito de reducir la capacidad económica del obligado son demandado por la cónyuge y por los progenitores del obligado, lo cual se evidencia cuando en la etapa conciliatorio de los proceso respectivos concilian con la parte demandada, quedando un margen mínimo

para responder frente a las acciones sobre esta índole, por lo que más adelante va a ser inminente a una acción de prorrato, ocasionándose una vez más perjuicio al alimentista.

El delito de Omisión a la Asistencia Familiar dura mientras persista el deber a la asistencia familiar y por ello se dice que es un delito permanente, sólo deja de serlo si se cumple en forma total el deber jurídico impuesto, en consecuencia tiene las siguientes características, como son:

2.4.3.1. SUJETO ACTIVO.- del delito de omisión a la asistencia familiar es el agente que no cumple, siendo su deber jurídico cumplir la prestación económica, previamente establecida por resolución judicial en sede civil.

2.4.3.2. SUJETO PASIVO.- Es la persona quién sufre las consecuencias del ilícito penal de omisión a la asistencia familiar.

2.4.3.3. DELITO PERMANENTE.- debido a que cuando la acción delictiva misma permite por sus propias características que se pueda prolongar en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho, en cada uno de sus momentos, entonces todos los momentos de su duración puede imputarse como de consumación.

2.4.3.4. DELITO DE PELIGRO.- La responsabilidad penal conlleva la idea de peligro, la resolución judicial impuesta en sede civil, restablece el equilibrio, obligando el cumplimiento del derecho alimentario, y de esta manera el daño ocasionado al bien jurídico que es la familia, es reparado median te la asistencia familiar por los conceptos de alimentos, salud, vivienda, educación,

recreación y con ello el peligro contra la familia y su seguridad jurídica se restablece.

CAPITULO III

LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Norma que consagra derechos y obligaciones los mismos que dichas normas se vinculan al derecho alimenticio:

El artículo 2 inciso 1 establece que toda persona tiene derecho a la vida y a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Además, establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El artículo 2 inciso 22 regula que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Este artículo se vinculó con el habitat que debe tener toda persona para desarrollarse, siendo la habitación parte de los alimentos.

Siendo la norma constitucional directamente relacionada con el derecho de alimentos el artículo 6, que establece que es deber y derecho de los padres

alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Teniendo los hijos el deber de respetar y asistir a sus padres.

El artículo 13 reitera el deber de los padres de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

3.2. NORMAS INTERNACIONALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada internamente el 15 de diciembre de 1959, mediante resolución legislativa N° 13282, establece 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.

Asimismo, 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.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que entró en vigor para el Perú el 28 de Julio de 1978. en su artículo 11 establece: «Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...»

Así también **la Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978, establece en el artículo 17 Inc. 4, que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia

de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el estado peruano tienen una importancia capital para el estudio del derecho familiar. Así la Constitución de 1993, en su artículo 55 dispone que, «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Además, la Constitución en su cuarta Disposición Final y Transitoria establece que «las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Es así que la Declaración Universal de Derechos

Humanos en su artículo 30 establece: «Nada en el presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.»

De esta manera como afirma FERNÁNDEZ la Constitución como los instrumentos internacionales en materia de Derecho Humanos, enuncian un conjunto de derechos y principios que constituyen un mandato a los poderes públicos y a los particulares, quienes deben garantizar y respetarlos. Consecuentemente, el desarrollo legislativo de las diferentes instituciones familiares, las decisiones judiciales que involucran a las familias y las políticas destinadas a estas, deben fundarse en tales mandatos.

La norma internacional de mayor relevancia en favor de la niñez es la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así el Artículo 18 establece:

Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tiene obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...» El artículo 27 de ese mismo cuerpo normativo regula el derecho alimenticio:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño le incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. 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, tanto si viven en

el Estado Parte como si viven en el Extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño reside en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios, internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

3.3. NORMAS SUSTANTIVAS

El derecho alimentario está regulado en el **Código Civil** en los artículos 235, 287, 288, 291, 300, 316, 326, 342, 345, 345-A, 350, 355, 412, 413, 414, 415, 417, 423, 424, 463, 470, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 492, 491. 526, 728, 744, 745, 748, 749, 766, 874, 1275 y 2001; otras normas vinculadas a esta materia se encuentran los artículos: 1, 5, 234, 236, 305, 576, 577.

También con relación a este tema el Código de los Niños y Adolescentes los regula en los artículos: 17, 74, Inc. b, 75 Inc. f 88, 92, 93, 94, 95, 96 y 97.

3.4. NORMAS PROCESALES

El Código Procesal Civil regula esta institución en los artículos: 546 al 572, 575, 579, 475 al 485, 648 Inc. 6 y 7, 675, 676, 608 al 687, 802 al 816; y DC y DF, arts. 15 y 18.

El Código de los Niños y Adolescentes establece normas procesales en los artículos: 160,164 al 182.

3.5. NORMAS PENALES

El **Código Penal** por su parte establece los delitos de incumplimiento de la obligación alimentaria (artículo 149) y abandono de mujer en gestación (artículo 150).

3.6. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR, EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ Y EL CONTEXTO SOCIAL

En toda sociedad civilizada, el sistema jurídico está fundamentado sobre su Carta Magna, en un Estado de Derecho, la nuestra de igual manera se fundamenta en la Constitución Política del Estado Peruano, y dentro de ella considera a la familia como la institución básica más importante de la sociedad, pero no obstante la importancia que tiene a nivel constitucional, en la realidad no hay concordancia entre el espíritu de la norma y las relaciones familiares a la que va dirigida, más aún si tenemos en cuenta que la sociedad que está en constante cambio, no se promueve con eficacia la vigencia de los valores de la vida matrimonial y familiar, y no se considere una pesada carga económica la obligación de acudir con alimentos a la prole, porque existe un mandato judicial, perdiéndose de vista el valor del ser humano indefenso que han traído al mundo y necesita de las condiciones económicas mínimas para desarrollarse como persona, y es la prolongación de la vida de sus progenitores .

Otro aspecto relevante, que se debe mencionar después de lo expuesto anteriormente es que la demanda de alimentos y posterior acceso a la vía penal por el delito de abandono de familia, es una consecuencia de una serie de situaciones que generalmente los padres no pueden dar solución, por lo que recurren al Poder Judicial; pero a ello subyacen otros problemas de fondo como son que gran parte, quienes accionan son las mismas madres ya sean mayores o menores de edad, las demandantes provienen de hogares desintegrados donde ha fallado la figura de padre o madre o de ambos y los problemas vividos al interior de sus familias pareciera que se vuelven a repetir, esta situación se agrava, cuando son los mismos padres que no han cuidado, aconsejado o no haber dado ejemplos de vida, concurren a los

Juzgados de Familia para solicitar autorización con el fin de que sus hijas de tan sólo dieciséis años contraigan matrimonio con personas que apenas han alcanzado la mayoría de edad no teniendo un trabajo estable o solicitan la autorización sólo porque la menor está en estado de gestación, y no tienen la suficiente información ni madurez para el nuevo estado civil que van a asumir, lo cual desde ya se avizora que esas uniones muy tempranas no son fáciles de consolidar y no duren mucho tiempo, siendo lo más común que el cónyuge no cumpla con sustentar a la familia, o si la acude económicamente, dadas las labores temporales o sin especialización determine que los ingresos económicos sean mínimos lo cual conlleva no solo a que la cónyuge recurra a solicitar tutela jurisdiccional y se constituya en un caso que incremente los procesos bajo comentario, sino también vaya acompañado de situaciones de violencia familiar, lo manifestado anteriormente, está enfocado desde la perspectiva de personas de menores recursos económicos donde es más visible este reclamo, lo cual no significa que estas acciones no se presenten en todo nivel social.

En torno al asunto elegido que es motivo de comentario y principalmente de reflexión porque es un hecho conocido que la legislación vigente si bien tiene buenos propósitos no cubre las expectativas de los justiciables que buscan justicia eficaz y oportuna, y la mayoría de los casos no cumple el inculcado con la pena efectiva privativa de libertad, por lo que se debe actualizar, pero sin embargo por sí sola no asegura la eficacia que se requiere, si no hay un cambio a nivel de los justiciables, profesionales, y la sociedad en su conjunto, en cuanto a la revaloración del matrimonio y la familia, fortalecimiento de los valores y responsabilidad de sus actos como personas, organismos locales, la participación del estado y organizaciones no gubernamentales y otras que tengan representación en nuestra sociedad.

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIAS, PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

Pleno jurisdiccional distrital – especialidad civil y familia - piura

La Comisión de Actos Preparatorios de Plenos Jurisdiccional Distritales 2013-2014 — Especialidad Civil y Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, presidida por el señor Juez Superior Martín Eduardo Ato Alvarado Presidente de la Segunda Sala Laboral Transitoria de Piura e integrada por la señora Jacqueline Sarmiento Rojas Juez Superior de la Segunda Sala Laboral Transitoria de Piura y la señora Fanny Luisa Ulloa Paragulla, Juez Especializado Titular del Primer Juzgado Civil de Piura, dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes cuya asistencia se registra en el anexos que se adjunta, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

Demanda de exoneración de alimentos: ¿es obligatorio que demandante esté al día con la pensión? [Pleno Jurisdiccional distrital del Callao]

Conclusión plenaria: En principio, el juez debe aplicar la regla establecida en el artículo 565- A del Código Procesal Civil, entendiendo que en este artículo se establece un requisito de procedibilidad que debe ser cumplido al momento de presentar la demanda, sin embargo, excepcionalmente, el juez podrá admitir a trámite la demanda, si es que considerase preliminarmente que la

improcedencia afecta irrazonablemente en el caso en concreto, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

• **¿Se debe variar la pensión alimentaria si el obligado se queda sin trabajo? [Pleno Jurisdiccional de Familia en Ventanilla]**

Conclusión plenaria: Mientras el obligado se encuentra desempleado o no labore como trabajador dependiente, deberá pagar la pensión de alimentos tomando como referencia el valor de sus últimas remuneraciones, pues no procede variar el quantum del porcentaje que correspondía al alimentista tomando como referencia una remuneración distinta a la que sirvió de base a la sentencia, pues disminuiría intrínsecamente el valor real de la pensión alimenticia reconocida, más aún que la variación de los alimentos se realiza en vía de acción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 571 del Código Procesal Civil, causando con ello indefensión al alimentista, al no poder ejercer su derecho de defensa de acuerdo a la ley, contraviniéndose el debido proceso reconocida en el numeral 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Jurisprudencia del Poder Judicial

• **Estar al día con la pensión de alimentos no es requisito para demandar divorcio en este caso [Casación 2458-2016, Sullana]**

Sumilla: No es exigible el requisito establecido en el artículo 345-A primer párrafo del Código Procesal Civil, referente al estar al día en el pago de la pensión alimenticia para interponer la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, si al momento de interposición de la demanda no exista proceso de alimentos instaurado o documento que acredite de manera indubitable el incumplimiento de la obligación alimentaria; debiendo el juez interpretar dicha norma no en un sentido absoluto sino teniendo en cuenta cada caso en concreto.

• **III Pleno Casatorio Civil: Indemnización en el proceso de divorcio por causal de separación de hecho [Casación 4664-2010, Puno]**

Precedente vinculante: 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

En los procesos sobre divorcio -y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle.

• **Juez ordena que mujer pase pensión de alimentos a sus hijos [Exp. 00055-2017-0-1411-JP-FC-01]**

Fundamento destacado: Octavo. Que, teniendo en cuenta que por los alimentos “Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del

embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”, conforme a lo preceptuado por los artículos 91° y 92° del Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes; en cuya obligación legal para con sus menores hijos se encuentra el demandado a tenor de lo dispuesto por el artículo 474°, inciso 2° del Código Civil, cabe pronunciarse en este estado por cada uno de los puntos controvertidos establecidos en el acto de la audiencia. **1.** Al primer punto controvertido, respecto del estado de necesidad de los menores alimentistas, se tiene que la misma resulta ser implícita a su edad, desarrollo biológico, social y educativo, por lo que el solo transcurso de los años resulta ser prueba suficiente para acreditar el mismo, tanto más si dado el desarrollo de los menores este necesariamente debe contar con una protección y sustento por parte de los padres, lo cual en el caso de autos se encuentra acreditado además que las partidas de nacimiento del menores MARÍA ROSA TIPIAN GOMER de fojas 03 y CARLOS JOSEPH TIPIAN GOMEZ de fojas 04, de allí que el mismo resulta atendible, tanto más si el mismo se encuentra en etapa escolar conforme se aprecia de los documentos de folios 09 . Al Segundo Punto Controvertido, referido a la determinar la posibilidad económica de la demandada , cabe resaltar que si bien en autos no se ha logrado acreditar los reales ingresos de la demandada , al menos en la forma indicada en la demanda en la condición , esto es que la demandada laboraba para la empresa “Fundo California” que conforme indica tanto el demandante como la demandada , ésta última ya no labora para la citada empresa, no obrando en autos información de sus ingresos actuales, sin embargo de lo indicado por la propia demandada y se acredita que la demandada es propietaria de al menos tres inmuebles , conforme se aprecia de las copia literales de fojas 28 a 30 , que evidentemente debe reportarle ingresos, y si bien no se ha acreditado los ingresos económicos reales de la demandada , ello tampoco exime a la demandada de pasar una pensión alimenticia a favor de su prole, la misma que será establecida en función a la máxima de la experiencia que nos informe a cuanto asciende el gasto promedio de un menor de edad , como es en el caso de autos , así como el hecho de que la demandada no ha acreditado tener limitación física o psicológica que le impida acudir a sus menores hijos con una pensión alimenticia

adecuada , menos aún que tenga otra carga familiar que limite sus capacidades y si bien la demandada manifiesta que no ofrece pensión alguna en razón de que ha iniciado un proceso de tenencia y en su oportunidad solicitará la suspensión del proceso , también es cierto que no ha acreditado con documento alguno lo expresado y en caso de haber presentado su demanda de tenencia dicha demanda se tramitará en otro proceso y otro Juzgado , sin embargo los menores necesitan los alimentos peticionados , para su desarrollo y entre tanto de resuelva el proceso de tenencia , tanto el demandante como la demandada deben acudir con los alimentos en favor de los menores, lo que significa que no puede eximirse de dicha obligación a la demandada , porque ella está presentado un proceso de tenencia

• **Diferencias entre derecho alimentario y obligación alimentaria**
[Casación 1398-2008, Ica]

Fundamento destacado: Décimo Segundo.- Que, la impugnante denuncia la interpretación errónea del artículo trescientos cincuenta del Código Civil, mediante el cual se ha dispuesto el fincamiento de la pensión de alimentos, alegando que no se ha diferenciado correctamente el derecho alimentario de la obligación alimentaria. Al respecto resulta necesario hacer algunas precisiones sobre el cese de la obligación alimentaria dispuesto por la Sala de mérito en aplicación de lo previsto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil. En el presente caso, es de advertirse que el demandante viene abonando a la demandada una pensión de alimentos en virtud a un mandato judicial recaído en el proceso de alimentos (Expediente número cuatrocientos cuarenticuatro – noventiocho) y de Reducción de Alimentos (Expediente número ciento treintinueve – dos mil) seguido ante el Juez de Paz Letrado de Pisco; en tal contexto, si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil, es consecuencia del divorcio respecto de los cónyuges – entre otros – el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer, dicha norma debe ser entendida dentro de un contexto en el que los cónyuges se hubieran prestado mutuamente, y sin coerción alguna, los citados alimentos, circunstancia que no se

presenta en este caso, pues fue la demandada quien ha tenido que recurrir a la vía judicial para obtener un fallo que compele al demandante a cumplir con prestarlos, los que incluso, a la fecha se han visto reducidos, por el proceso de reducción de alimentos que el demandante le ha seguido. En tal sentido existiendo una decisión judicial previa recaída en un proceso de alimentos tramitado con anterioridad a la presente causa, la sentencia de mérito no podía pronunciarse sobre el cese de una obligación que ya fue determinada por otro órgano jurisdiccional.

Décimo Tercero.- Que, interpretar lo contrario implicaría contravenir abiertamente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo ciento treintinueve de la Carta Política, ya que se estaría ordenando el cese de la pensión de alimentos dispuesta en un proceso judicial distinto al que nos ocupa, vulnerando de esta manera la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, en concordancia con el artículo cuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es en dicho proceso, y no en éste, que el actor debe hacer valer las razones por las cuales estima que ya no le corresponde seguir abonando los alimentos ordenados por el Juez, proceso en el que, además, se deberá verificar si los presupuestos para su otorgamiento subsisten; acorde con los presupuestos establecidos en el artículo cuatrocientos ochentiuno del Código Civil; por lo que debe dejarse a salvo el derecho del actor, para que lo haga valer en la vía que estime pertinente, teniendo en cuenta que las decisiones emitidas en materia de alimentos no constituyen cosa juzgada.

• **No es imperativo cumplir con pensión alimentaria para otorgar régimen de visitas [Casación 3841-2009, Lima]**

Fundamento destacado: Décimo cuarto.- Que, sobre el particular, es del caso señalar que si bien el artículo 88 del Código del Niño y del Adolescente establece que los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, también lo es

que dicho numeral no exige imperativamente, el cumplimiento de la obligación alimentaria, pues permite a los padres que solicitan se les conceda régimen de visitas, acreditar la imposibilidad de cumplir dicha obligación; siendo además, que ante el conflicto que se presente en relación a este punto, corresponde al juzgador resolver aplicando el Principio del Interés Superior del Niño, el mismo que ha sido observado por los jueces de mérito, a fin de otorgar el régimen de visitas a favor del demandante.

• **Divorcio: ¿en qué casos no cesa la obligación alimentaria entre los cónyuges? [Casación 5818-2007, Moquegua]**

Fundamentos destacados: Décimo primero.– Que, finalmente, resulta necesario acotar algunas precisiones sobre el cese de la obligación alimentaria dispuesto por las instancias de mérito en aplicación de lo previsto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil. En el presente caso, es de advertirse que el demandante viene abonando a la demandada una pensión de alimentos en virtud a un mandato judicial recaído en el proceso de alimentos (Expediente número quinientos – dos mil dos) seguido ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de M.N. Si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta del Código Civil, es consecuencia del divorcio respecto de los cónyuges -entre otros- el cese de la obligación alimenticia entre marido y mujer, dicha norma debe ser entendida dentro de un contexto en que los cónyuges se hubieran prestado mutuamente, y sin coerción alguna, los citados alimentos, circunstancia que no se presenta en este caso, pues fue la demandada quien, ante el cese unilateral del aporte por parte del demandante, tuvo que recurrir al Poder Judicial para efectos de obtener un fallo que lo compela a cumplir con prestarlos. En tal sentido, existiendo una decisión judicial previa recaída en un proceso de alimentos tramitado con anterioridad a la presente causa, corresponderá al obligado (hoy demandante) solicitar ante el Juez competente, el cese o extinción de la pensión alimenticia que viene abonando como consecuencia de la decisión que se emita en este proceso, oportunidad en la que se debatirá si subsiste o no en la alimentista el estado de necesidad que motivó

el otorgamiento de la pensión a su favor, pudiendo el actor exponer las razones por las cuales considera que no debe seguir abonando dicha pensión; aspectos que deberá tener en cuenta la Sala Superior al momento de expedir nueva sentencia conforme a ley.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

5.1. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y LA LEGISLACIÓN COMPARATIVA

Antiguamente, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos establecida por mandato judicial se trataba en los fueros civiles.

En el Perú

La tipificación como delito se introdujo en la legislación penal por medio de la ley N° 13 906 de 1962. La razón por la que este hecho pasa a regularse por el derecho penal se debe, fundamentalmente a que el incumplimiento de los deberes alimentarios ponía en la mayoría de casos, en peligro la vida y la salud de algunas personas. A esto se une que, en la actualidad, la familia se convierte en el núcleo básico de la sociedad en la que vivimos.

Todo esto queda plasmado en la Constitución del Perú que establece, en su artículo número 4, que la comunidad y el Estado protege a la familia reconociéndola como una institución natural y fundamental de la sociedad. Teniendo esto en cuenta el actual Código Penal acoge un capítulo denominado Omisión de asistencia familiar.

El bien jurídico protegido en él es la familia, dado que este capítulo está ubicado en el Título III De los delitos contra la familia. Pero es necesario precisar

este bien jurídico puesto que no se protege toda la familia si no, específicamente, deberes de tipo asistencial donde prevalece la idea de seguridad de las personas afectadas.

En Argentina:

Las relaciones familiares crean entre sus miembros derechos y deberes recíprocos, que nacen de una relación biológica, o de la adopción, y que generalmente se cumplen basados en el afecto, pero para asegurar su cumplimiento en aquellos casos que esto no sucede, la ley impone coactivamente el cumplimiento de los deberes familiares hacia aquellos que se hallan en situación de desprotección para valerse por sí mismos.

Para el estudio de este tema hay que contemplar las normas civiles, que tratan de colocar al damnificado en una situación de protección y atendido en sus necesidades, y las normas penales, que intentan castigar a quien no cumplió con dichas obligaciones. Ambas acciones tramitan en forma independiente.

El artículo 367 del Código Civil argentino, enumera los parientes que se deben prestaciones alimentarias, estableciendo su reciprocidad (ascendientes y descendientes, los más próximos en grado excluyen preferentemente, a los más lejanos, salvo casos especiales, y en el mismo grado, los que estén mejor económicamente serán los encargados de prestarlos; hermanos y medio hermanos). Los parientes políticos o por afinidad se deben alimentos en el primer grado, O Sea, suegra y suegro con respecto a yerno, nuera, y viceversa.

Quien solicita alimentos debe probar su necesidad y que no puede adquirirlos con su trabajo. Cesa el derecho a tener prestación alimentaria si los necesitados cometieran algún acto que implicara causal de desheredación.

El artículo 372 establece qué debe entenderse por prestación alimentaria, y es lo necesario para que el beneficiario se alimente, se vista, tenga un lugar para vivir y asistencia en las enfermedades. El procedimiento civil es sumario.

En materia penal, se dictó en 1950, la ley 13.944 “De incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” que castiga penalmente a quien se niegue cumplir tales cargas. Esta ley se halla incorporada al Código Penal. Por el artículo 1 se castiga a los padres que no le otorguen medios para su subsistencia a su hijo de menos de 18 años, y si fuera impedido, de mayor edad. La pena impuesta es de multa entre \$ 750 y \$ 25.000 o prisión de un mes a dos años. No es necesario que previamente se haya dictado sentencia civil.

El artículo 2 castiga de igual modo la situación inversa, o sea al hijo que no asistiera a sus padres impedidos. Se extienden los dos casos anteriores al vínculo nacido de la adopción, tutela, guarda o curatela. En estos tres últimos casos las obligaciones no son recíprocas, sino que solo la tienen el tutor, el guardador y el curador, respecto a los menores o impedidos bajo su tutela, guarda o curatela. También posee esta obligación el cónyuge con respecto al otro, incluso si estuvieran separados, en este caso sin culpa por parte de quien reclama la asistencia.

El artículo 2 bis, que fuera incorporado por la ley 24.029, condena con prisión de uno a seis años al que dolosamente se insolventara u ocultara sus bienes para no cumplir con sus obligaciones alimentarias. Por ejemplo, cuando alguien para que no pueda saberse sus ingresos, pide que se le abonen sus salarios sin recibo o “en negro” o escritura propiedades suyas a nombre de un tercero.

Aclara el artículo 3 que la obligación no desaparece por existir otras personas a las que pueda requerirse legalmente el cumplimiento de las prestaciones alimentarias.

Este delito fue incorporado por la citada ley entre los delitos de acción privada enumerados por el artículo 73 del Código Penal argentino.

Jurisprudencialmente se ha establecido que el delito es de carácter permanente, se configura por omisión dolosa, y el peligro que se debe generar basta con que sea abstracto, por lo que no debe probarse el peligro en el caso concreto. Si alguien aportó dentro de sus posibilidades, mínimamente, no cae en la figura penal descripta, que exige subjetivamente la omisión intencional o dolosa.

En la mayoría de los casos la condena es de ejecución condicional. En Rosario un Juez condenó a un hombre a prisión por este delito con una modalidad curiosa. Fue preso por seis meses los fines de semana, quedando libre los días hábiles, para no perder su trabajo.

En Colombia:

La normatividad colombiana consagra el derecho de los alimentos con categoría superior, como parte integrante del desarrollo integral de los seres humanos. En nuestra Constitución Política, este derecho se halla en un capítulo especial, que se enmarca dentro de los derechos de la familia, del niño, niña y adolescente. Los artículos 42, 43, 44 y 45 desarrollan el tema, así:

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes...

... Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneración responsable...

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

“El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

En Uruguay:

La Asistencia Familiar o Petición De Alimentos es la obligación del padre de contribuir económicamente a favor de su hijo concebido, con cuya madre no convive, en todo lo indispensable para su nacimiento, sustento, habitación, vestido, educación y atención médica.

Una obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada susceptible de evaluación económica.

Se entiende por alimentos lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación y atención médica.

Su incumplimiento, por excepción, en Bolivia puede ser impuesto bajo pena de apremio corporal, ya que se trata de una obligación de orden público.

En Bolivia:

14°.- (EXTENSION DE LA ASISTENCIA). La asistencia familiar comprende todo lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la atención médica. (Código de Seguridad Social: Ley de 14 de diciembre de 1956), (Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996, Ley de Pensiones).

Si el beneficiario es menor de edad, esta asistencia también comprende los gastos de educación y los necesarios para que adquiriera una profesión u oficio.

Art. 15º.- (PERSONAS OBLIGADAS A LA ASISTENCIA Y ORDEN DE PRESTARLA). Las personas que a continuación se indican están obligadas a prestar asistencia a quienes corresponda, en el orden siguiente:

- 1º El cónyuge,
- 2º Los padres, y, en su defecto, los ascendientes más próximos de éstos:
- 3º Los hijos, y, en su defecto, los descendientes más próximos de estos;
- 4º Los hermanos, con preferencia los de doble vínculo sobre los unilaterales, y entre éstos los materno sobre los paternos;
- 5º Los yernos y las nueras;
- 6º El suegro y la suegra

Quedan reservados los deberes que se establecen entre esposos y entre padres e hijo por efectos del matrimonio y de la autoridad de los padres.

Art. 17.- (ASISTENCIA A LOS HERMANOS MAYORES Y A LOS AFINES). En casos excepcionales, la asistencia a los hermanos mayores y a los afines será acordada en la medida de lo estrictamente necesario. Art. 18.- (CONCURRENCIA DE DERECHO HABIENTE). Cuando varias personas tienen derecho a reclamar la asistencia de un mismo obligado, y éste no se halla en condiciones de satisfacer las necesidades de cada una de ellas, el juez puede dictar las medidas convenientes teniendo en cuenta la proximidad del parentesco y la posibilidad de que alguna o algunas de las personas reclamantes obtengan asistencia de los obligados de orden posterior.

Art. 19.- (CONCURRENCIA DE OBLIGADOS). Cuando dos o más personas resultan obligadas en el mismo orden a dar asistencia, se divide el pago entre ellas en proporción a sus recursos económicos.

Si no están en condiciones de concederla en todo o en parte, o existe imposibilidad de demandar a alguna o algunas de ellas y obtener el pronto cumplimiento, la obligación se atribuye total o parcialmente a las personas que se hallen en el orden posterior.

Art. 20.- (REQUISITOS PARA LA PETICIÓN DE ASISTENCIA). La asistencia sólo puede ser pedida por quien se halla en situación de necesidad y no está en posibilidades de procurarse los medios propios de subsistencia. (Art. 428 Código de Familia).

Art. 21.- (FIJACIÓN DE LA ASISTENCIA). La asistencia se fija en proporción a la necesidad de quien la pide y a los recursos del que debe darla.

Se tendrá en cuenta la condición personal de las partes y especialmente las obligaciones familiares a que se halla sujeta quien debe prestarla. (Art. 143 Código de Familia).

Art. 22.- (CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA). La asistencia se cumple en forma de pensión o de asignación pagadera por mensualidades vencidas, y corre desde el día de la citación con la demanda.

Art. 23.- (MODOS SUBSIDIARIOS DE SUMINISTRAR LA ASISTENCIA). El juez puede autorizar, a proposición de parte, un modo subsidiario de suministrar la asistencia, distinto al pago de la pensión o asignación fijada, si concurren motivos particulares que lo justifiquen.

Igualmente puede autorizar al obligado a que reciba en su casa al beneficiario, salvo razones graves que hagan inconveniente la medida.

Art. 24.- (CARACTERES DE LA ASISTENCIA). El derecho de asistir a favor de los menores e incapaces es irrenunciable e intransferible. El obligado no puede oponer compensación por lo que le adeude el beneficiario.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

1. El hombre y la familia, históricamente son anteriores al Estado, y cuanto más vigorosa esté constituida la familia, más fuerte es el Estado.
2. En principio el hombre por su propia naturaleza es un ser eminentemente social, pero las conductas individualistas y egoístas que asume en la práctica frente a los demás, es una conducta que asume al vivir en una sociedad de pocos recursos , y donde las oportunidades son limitadas.
3. En países en desarrollo como el nuestro, los recursos económicos y oportunidades de trabajo son limitados, más si no se cuenta con una especialización técnica o profesional, hay diversidad cultural, y la inmigración de poblaciones de las zonas andinas a las ciudades de la costa, en busca de oportunidades de vida, ha determinado que aparezcan más poblaciones precarias para las cuales no estaban estructuradas las ciudades y la misma Capital lo cual han tenido que asumir sin encontrar solución a esos retos.
4. El delito de omisión a la asistencia familiar incide en todos los estratos sociales de la sociedad, pero es más notoria la incidencia en los estratos socio económicos menos favorecidos.

5. En la realidad de los hechos, tanto los procesos sobre alimentos como los procesos que se tramitan en la vía penal sobre omisión a la asistencia familiar, en un porcentaje significativo se hace lento y engorroso, no siendo ajeno a ello las conductas procesales maliciosas y dilatorias.

6. El sistema jurídico penal moderno protege al bien jurídico. Corresponde al Estado y la sociedad compatibilizar lo jurídico con el contexto social, con el fin de poder aminorar las denuncias por el delito de omisión a la asistencia familiar.

CAPITULO VII

RECOMENDACIONES

1. El delito de Omisión a la Asistencia Familiar, es una de las consecuencias de los problemas sociales en nuestro medio, y para lograr oportunamente el cumplimiento de los derechos a la asistencia familiar , sería conveniente prescindir de reiterados requerimientos para el pago de alimentos, dar mayor énfasis a la conciliación en el proceso de alimentos , para acortar los etapas procesales en dicho proceso , y permitir en casos donde está debidamente acreditada la obligación del demandado y están presentes las partes, se dicte sentencia, continuándose luego con el trámite correspondiente.
2. Antes de iniciar un proceso judicial siempre hay que tomar en cuenta los medios alternativos de solución de conflicto, y si se plantea el Principio de oportunidad es posible que el agredido pueda perdonar a su agraviado y de esta manera no tendría por qué ir preso y de igual forma podría cumplir con pasar la pensión por concepto de alimentos.
3. Comprometer el esfuerzo del Estado y organizaciones privadas en general que tengan relación con el tema, revalorar la importancia del matrimonio y la familia, difundir en la sociedad en general el respeto por el niño y el adolescente, así como la responsabilidad de asumir el rol de padres, y las consecuencias perjudiciales e irreversibles del abandono material y/ o moral.

4. Que se haga una modificación a las normas y de esta manera poder obligar a los abogados y fiscales aplicar el principio de oportunidad y de esta manera se pueda reducir la cantidad de procesados por este delito.
5. Es necesario que el Estado tome más interés e incluya a los magistrados el aplicar el principio de oportunidad para estos tipos de procesos.

CAPITULO VIII

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado: **“EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO”**, es un trabajo de suficiencia profesional de tipo monográfico que aborda un tema muy estudiado e investigado en el Perú.

Los alimentos conforman una categoría conceptual y legal que engloba las distintas necesidades del niño que deben ser satisfechas, las cuales no pueden ser realizadas por ellos mismos dada su situación de vulnerabilidad, encontrándose así a la patria potestad, como responsabilidad de los padres de satisfacerlas adecuadamente. La investigación se ha situado en la dogmática jurídica social, versando sobre la Responsabilidad Parental en el marco del inadecuado cumplimiento del derecho alimentario.

Sin lugar a dudas, que uno de los delitos que más se produce en el país, es el de incumplimiento de la obligación alimentaria, y la aplicación del principio de oportunidad en estos temas es de suma utilidad, porque permite que el proceso penal concluya y se disminuya la carga a nivel de fiscalías y juzgados.

Sin embargo, en el trabajo de suficiencia profesional se recopiló las causas por las cuales el imputado no solicita la aplicación del principio de oportunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA

Arias, L. (1994). *El incumplimiento de obligaciones alimentarias desde el derecho penal*. Lima.

Bramont Arias, L. A. (1998). *Ley de abandono de Familia*. Lima, Perú: Revista de Jurisprudencia Peruana.

Bramont Arias, L. A., & Garcia Cantizano, M. d. (1998). *Manual de Derecho Penal* (Tercera ed.). Lima, Perú: San Marcos.

Campana Valderrama, M. (2002). *El delito de omisión a la asistencia familiar*. Lima, Perú: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

Echeandia, D. (1984). *Teoria General del Proceso*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Melgarejo Barreto, P. (2014.). *Manual del principio de oportunidad*. Lima, Perú: Jurista.

Palacio Dextre, D., & Monje Guillergua, R. (2003). *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano* (Segunda ed.). Lima, Perú.

Peña Cabrera, R. (2010). *Tratado de derecho penal, parte especial* (Primera ed.). Lima, Perú: Ediciones jurídicas.

Reyna Alfaro, L. M. (2002.). *El Incumplimiento de obligaciones alimentarias desde el Derecho Penal, cuaderno jurisprudencial*. Lima.

Salinas Siccha, R. (2008). *Derecho Penal, parte especial 2*. Lima, Perú: Jurídica Grijley.

Torres Caro, C. A. (2013). *El principio de oportunidad*. Lima, Lima: Adelesa.

Valdez Roca, R. (2006). *Una alternativa para mejorar la justicia social - Principio de oportunidad*. Lima, Perú: Jurista.

ANEXOS N°1

1° JUZGADO DE PAZ LETRADO - Sede Paruro

EXPEDIENTE : 00024-2010-0-1011-JP-FC-01

MATERIA : ALIMENTOS

ESPECIALISTA : MANUEL SANCHEZ KCANA

DEMANDADO : CHOQUE RAMOS, WILBER

DEMANDANTE : SALAS ZUÑIGA, MARTINA

S E N T E N C I A

Resolución Nro. 10

Paruro, Treinta de setiembre

del año del dos mil diez.-

VISTOS: *Del estudio de Autos se aprecia la existencia de una Relación Jurídica Sustantiva de carácter Alimentaria la misma que posteriormente ha sido adecuada a una relación jurídica procesal, entre la demandante **MARTINA SALAS ZUÑIGA** y el demandado **WILBERT CHOQUE ZUÑIGA**, y teniendo en cuenta que la finalidad concreta del proceso, conforme lo dispone el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, es la de **RESOLVER UN CONFLICTO DE INTERESES CON RELEVANCIA JURIDICA**; ha llegado la estación procesal en la que la Juzgadora deba emitir su opinión final sobre el fondo de la litis, en efecto:*

DE LA DEMANDA: *Es materia de autos la demanda de fojas tres y siguientes, interpuesta por MARTINA SALAS ZUÑIGA en representación de su menor hijo CRHISTIAN CHOQUE SALAS contra WILBERT CHOQUE ZUÑIGA sobre **Prestación de Alimentos**.*

PETITORIO: *La pretensión de la demandante consiste, en que el demandado en su condición de padre y obligado acuda con la suma de trescientos nuevos soles, en forma mensual.*

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:

Del estudio de la demanda se tiene que la actora manifiesta haber sostenido una relación sentimental en el año 1997, cuando se encontraba cursando el segundo grado de educación secundaria, y fruto de dicha relación, procrearon al menor alimentista Crhistian Choque Salas de once años de edad, el obligado desde la concepción, y luego el nacimiento de su hijo descuido sus obligaciones, dejándolos en el abandono moral y material, se fue a trabajar a la ciudad de Puno, motivo por el cuál en el año de 1998, ante el local de la Demuna de Paruro, firmaron un acta de conciliación, donde voluntariamente reconoce al menor alimentista y se comprometió por alimentos la suma de cincuenta nuevos soles en forma mensual, acta que no fue cumplida hasta febrero del 2009, donde recién hace un depósito por la suma de doscientos nuevos soles, a la fecha la actora cuenta con otra carga familiar una hija, con las actividades que realiza por ser ama de casa, no le permite cubrir con los requerimientos mínimos de su hijo, en cambio el demandado a pesar de contar con un trabajo estable no ha cumplido con acudir económicamente a su menor hijo, por lo que solicita que en sede judicial, otorgue la pensión alimentaria demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

Ampara su pretensión en lo dispuesto por los artículos 92, 94 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes; artículo 472, 474, 477, y 481 del Código Civil, y por el artículo 561 inciso 2 del Código Procesal Civil.

ACTIVIDAD JURISDICCIONAL:

Admitida a trámite la demanda conforme se desprende de la Resolución número uno de fecha dieciocho de mayo del dos mil diez de fojas ocho y siguiente, calificada positivamente, se corrió traslado al demandado por el término de cinco días, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 430, y 554 del Código Procesal Civil, especificando además que el emplazado deberá cumplir con adjuntar a su contestación el anexo especial exigido por el artículo 565 de la norma jurídica antes invocada, fluye de autos que el demandado ha sido notificado personalmente en su

domicilio real conforme a la constancia de fojas dieciséis, quien no ha cumplido con absolver el traslado de la demanda en la oportunidad procesal correspondiente, habiéndosele declarado rebelde al demandado mediante Resolución de fojas diecisiete, i señalado fecha para audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas i sentencia conforme al acta de fojas sesenta y seis y siguientes, el Juzgado declara saneado el proceso, no se pudo promover la conciliación por incomparecencia de la demandante, sin embargo el demandado puso en conocimiento del Juzgado que se encuentra delicado de salud, por haber sufrido un accidente con energía eléctrica cuando se encontraba laborando, fruto de ello perdió tres dedos tanto de las extremidades superiores e inferiores, hecho este, hace que le impida trabajar en forma regular, además que cuenta con otra carga familiar, una esposa y cuatro hijos, el Juzgado toma en cuenta, se fijan los puntos controvertidos, se admitieron y actuaron los medios probatorios para su valoración correspondiente, se dispuso que los autos sean puestos en mesa para dictar sentencia.

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO.- DEL VÍNCULO ENTRE EL OBLIGADO Y LA ALIMENTISTA:

Que, teniendo en cuenta el mérito de la copia del certificado de la partida de nacimiento de fojas tres, cuya titularidad le corresponde al menor alimentista CRISTIAN CHOQUE SALAS, del mismo se aprecia el vínculo familiar que existe entre el demandado i el alimentista, por tanto determina el deber y obligación alimentaria de parte del demandado.

SEGUNDO.- DE LOS OBLIGADOS A PROPORCIONAR ALIMENTOS.

Sobre las personas obligadas a proporcionar alimentos, el artículo 474 del Código Civil señala que se deben alimentos recíprocamente: Los ascendientes y descendientes; Esta norma establece la relación de las personas obligadas a prestar alimentos, la obligación legal es siempre recíproca, lo cual quiere decir que cualquiera de los sujetos de la relación jurídico familiar contemplada puede ser indistintamente acreedor o deudor alimentario. En cambio, en relación a los menores

de edad, el Código de los Niños y Adolescentes refiere en el artículo 93 que **“Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos”**. Se concluye por tanto que la obligación ante un menor corresponde tanto al padre como a la madre.

TERCERO.- CONDICIONES PARA OTORGAR LOS ALIMENTOS.

Para ello es necesario observar lo que la ley determina como condiciones para fijar la pensión de alimentos, así pues el artículo 481 del Código Civil, señala: “Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. **“No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos”**. Se dan dos supuestos que debe tener el Juzgador para fijar primero los alimentos y luego el monto de los mismos, criterios que además resultan ser los puntos controvertidos, los mismos que en audiencia se estimaron como:

- 1.- Estado de necesidad del alimentista.
- 2.- Capacidad económica del demandado.

CUARTO.- DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria; en ese entendido el Juzgador se encuentra en la libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común, pues se trata de un convencimiento lógico i motivada, basado en elementos probatorios objetivos; El artículo 196 del Código Procesal Civil, salvo disposición legal distinta, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos; El artículo 197 del mismo cuerpo legal antes mencionado. Todos los medios probatorios son valorados en forma conjunta por el juzgador utilizando para ello su apreciación razonada. De modo que la actividad probatoria se rige teniendo en cuenta los puntos controvertidos.

QUINTO.- DE LAS NECESIDADES DEL ALIMENTISTA

Para efectos de fijarse el monto mensual en favor del menor alimentista, debe particularmente tenerse en cuenta que la actora ha manifestado en su demanda y conforme a la partida de nacimiento de fojas tres, que el alimentista cuenta a la fecha con doce años de edad, quien se encuentra estudiando, ingresando a la etapa de la adolescencia, cuyos requerimientos deben ser bastantes, por tanto el demandado está en la obligación de acudir con una pensión alimentaria en forma mensual, para poder cubrir sus necesidades básicas de **alimentación, educación, salud, vestido, vivienda, capacidad para el trabajo**, y otros de acuerdo a su edad, los mismos que son evidentes, y no requieren probanza, además por otro lado, se tiene que dicho menor se encuentra en pleno crecimiento, necesita un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, por lo que requiere del apoyo permanente de su progenitor, habida cuenta que los gastos que realiza su progenitora son diversos, y no son suficientes para poder solventarlos .-

SEXTO.- DE LA REBELDÍA Y CAPACIDAD ECONOMICA DEL DEMANDADO.

- Mediante resolución número dos de fecha catorce de julio del dos mil diez, de fojas diecisiete, el demandado ha sido declarado rebelde, en tanto que transcurrido el plazo otorgado por el juzgado con el fin de que éste absuelva el traslado de la demanda no lo ha hecho, se tiene de la cédula de notificación de fojas dieciséis.-
- Si bien es cierto que presento su recurso, conforme obra a fojas cuarenta y tres, pero lo hizo extemporáneamente fuera del plazo otorgado por Ley, y extrayendo del contenido de dicho escrito, emerge que el demandado otorgaría como pensión alimentaria la suma de cincuenta nuevos soles, suma que también se comprometió ante la Demuna de la provincia de Paruro hace doce años -1998, empero pese a ser monto ínfimo no cumplió en forma regular, se tiene por propia versión del demandado, en el acto de la audiencia (fojas 67), tiene depositado aproximadamente la suma entre quinientos a

seiscientos nuevos soles, lo que hace presumir que solo cumplió por un año del compromiso asumido, además que cuenta con otra carga familiar, y ahora pretende depositar la suma de sesenta nuevos soles por alimentos, lo que se debe tomar en cuenta.

- *Al presente caso es de aplicación el artículo 461 del Código Procesal Civil, que establece “La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda...”, siendo ello así, el juzgado debe convenir que los hechos afirmados por la actora en la demanda son en parte ciertas, que desde el nacimiento del menor alimentista, ha sido objeto de*

desamparo moral y material por parte de su progenitor.-

- *sin embargo también se debe tomar en cuenta que el demandado tiene otra carga familiar una esposa y cuatro hijos que se encuentran a su cargo, acreditando para ello con los documentos de fojas (57, 58, 59), además que estos menores se encuentran estudiando (fojas 60-61), admitido como pruebas de oficio, si bien es cierto que cuenta con otros hijos, no es menos cierto que también su menor hijo Crhistian Choque Salas, tiene los mismos derechos que sus demás hijos, y debe ser atendido en igualdad de condiciones, y ahora es cuando requiere del apoyo de su progenitor para poder satisfacer sus necesidades acorde a su edad,*

- *Por otro lado es pertinente hacer mención que el demandado sufre de incapacidad relativa, en razón que ha perdido tres dedos, uno en la extremidad superior, y dos en las inferiores, conforme así se ha presentado en el acto de la audiencia, demostrando además con el certificado médico de fojas sesenta y cinco, sin embargo, si bien es cierto que es incapaz relativamente, empero ello no le hace menos, no ha sido declarado incapaz para el trabajo, pues tiene aún los cinco sentidos, tiene movimiento fisiológico y psicológico, es joven, y pasible de trabajar, por lo que se concluye que es apto para trabajar, claro esta con limitaciones por su incapacidad relativa, máxime que conforme ha referido se dedica a la agricultura, de ello percibe*

sus ingresos económicos, lo que se debe tener presente: Por lo que el Juzgado teniendo en cuenta lo expuesto, fijara el monto de la pensión alimentaria en forma equitativa, proporcional y prudencial.

- *Además si bien, la actora ha solicitado un monto como petitorio de la demanda, empero no ha probado sobre los ingresos económicos del demandado, pues quien afirma un hecho debe probarlo, lo que se debe tener en cuenta, Así mismo conforme a lo establecido por el artículo 423 inciso primero del Código Civil, donde señala son deberes de los padres “**proveer el sostenimiento y educación de sus hijos**, en ese entendido, **la obligación de los alimentos es de ambos padres”, por lo que con los ingresos económicos que también cuenta la actora, servirán para solventar y cubrir las necesidades de su menor hijo.***

SETIMO.- *En estricto cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso, se ha otorgado al demandado la posibilidad de contestar la demanda, contradiciéndola o no, precisamente en cumplimiento del principio del derecho de defensa del que gozan las partes, sin embargo y pese al tiempo transcurrido no lo ha hecho, sin embargo según versión de la demandante, en la fecha y hora programada para la audiencia única, el demandado concurrió afuera de las instalaciones del Juzgado, empero no ingreso a su interior, y así poder escuchar la versión propia del obligado, debiendo continuarse con la secuela del procedimiento, situación está que debe ser apreciada por el personal del Juzgado.*

OCTAVO.-

El artículo 412 del Código Procesal Civil establece la imposición del pago de costas y costos del proceso por parte del vencido en proceso, en el presente caso dado que el demandado tiene responsabilidad alimentaria, y se encuentra con razones suficientes para litigar debe exonerársele del pago de las costas y costos del proceso.

PARTE RESOLUTIVA:

*Por tales consideraciones, con la convicción y certeza otorgados por los hechos y medios probatorios, Administrando justicia a nombre de la Nación, La Jueza del Juzgado de Paz Letrado de Paruro: **FALLA**: Declarando **FUNDADA** en parte la demanda de fojas cinco y siguientes, interpuesta por **MARTINA SALAS ZUÑIGA** en representación de su menor hijo **CRHISTIAN CHOQQUE SALAS** contra **WILBERT CHOQQUE RAMOS** sobre **PRESTACIÓN DE ALIMENTOS**; Por Tanto: **ORDENO Y DISPONGO** que el obligado cumpla con acudir en calidad de alimentos la suma de **CIEN NUEVOS SOLES EN FORMA MENSUAL, DE SUS INGRESOS ECONOMICOS** del demandado, a favor de su hijo **CRHISTIAN CHOQQUE SALAS**, se de fiel cumplimiento Consentida y/o Ejecutoriada que quede la presente sentencia, sin costas ni costos; **Así mismo se pone en conocimiento del demandado, que ante el incumplimiento de la pensión alimentaria, se procederá con lo dispuesto por la Ley 28970, Ley del Registro de deudores alimentarios morosos, a nivel nacional.** Tómesese Razón y Hágase Saber.*

YOT.

ANEXO N° 2



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes septiembre de 2012, vista la causa de autos por la Sala Primera del Tribunal Constitucional y habiéndose suscitado discordia por los votos en mayoría de los magistrados Álvarez Miranda y Beaumont Callirgos, y el voto singular del magistrado Calle Hayen, se ha llamado al magistrado Eto Cruz, quien no ha suscrito ninguna de las posiciones, por lo que se ha llamado sucesivamente a los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, quienes han resuelto la cuestión al adherirse al voto del magistrado Calle Hayen.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña María Anela Bayarri Fernández contra la resolución de fecha 17 de mayo de 2011 de fojas 234, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró improcedente la demanda de amparo.

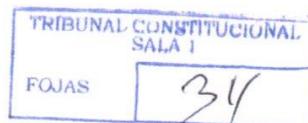
ANTECEDENTES

Con fecha 20 de agosto de 2010 la recurrente interpone demanda de amparo contra la resolución de fecha 10 de marzo del 2010, emitida por la titular del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, doña Ivonne Lima Quispe, y contra la sentencia de vista de fecha 30 de junio del 2010, emitida por el juez del Juzgado de Familia de Ilo, don Francisco Aragón Mansilla, ambas expedidas en el expediente 00418-2009-0-2802-JP-FC-02. Alega la violación de los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, del principio y derecho de la función jurisdiccional y del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Sostiene la recurrente que siguió un proceso de alimentos en el cual se fijó como pensión de alimentos a favor de su hijo el 20% del total de los ingresos económicos, la que ha venido percibiendo desde el año 2005; que sin embargo, el obligado, con fecha 25 de agosto del 2009, interpuso demanda de reducción de alimentos en contra de su menor hijo con el objeto de que se reduzca la pensión de alimentos al 10% y se excluya de la pensión el concepto utilidades. Manifiesta que en el proceso en cuestión se fijó como nueva pensión de alimentos el 20% de los ingresos económicos que percibe el demandado con exclusión de las utilidades; precisa que las resoluciones cuestionadas no han tomado en cuenta las necesidades de su hijo, que en la actualidad cursa estudios universitarios, ni el incremento económico del obligado, valorándose de manera parcializada los medios probatorios ofrecidos, emitiéndose las referidas resoluciones en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

clara afectación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, excluyéndose irrazonablemente de la pensión alimenticia el rubro de las utilidades que percibe el demandante.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados, pues los magistrados demandados han sustentado de manera razonada su fallo.

Don Carlos Gustavo Romero Valdivia, en su calidad de litisconsorte, contesta la demanda expresando que los pronunciamientos emitidos se encuentran conforme a ley, habiéndose tenido en cuenta los medios probatorios pertinentes.

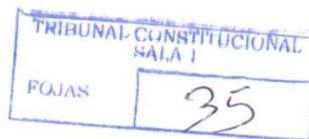
El Primer Juzgado Mixto de Ilo declaró infundada la demanda estimando que el objeto de la misma no es la protección de un derecho constitucional, decisión que fue revocada por la Sala Mixta Descentralizada Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que reformándola la declaró Improcedente, en razón de que los hechos que se invocan en ella no están referidos a la violación de derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

1. Con fecha 20 de agosto del 2010 la recurrente interpone demanda de amparo contra el juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, solicitando que se deje sin efecto la resolución N° 20, de fecha 10 de marzo del 2010, en el extremo que declara fundada la demanda y dispone que se excluya únicamente las utilidades que viene percibiendo en la pensión alimenticia, y la resolución sin número de fecha 30 de junio del 2010 que resuelve confirmar la sentencia.
2. Sostiene que fue vencedora en un proceso judicial de alimentos (Exp. N° 225-2005) seguido contra don Carlos Romero Valdivia, en el cual, con sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada, se dispuso que el demandado acuda con pensión alimenticia mensual y adelantada ascendente al 20% de las remuneraciones totales que perciba por todo concepto, incluidas las utilidades. No obstante ello, refiere que dos años después de venir percibiendo la pensión, el obligado a prestar alimentos no solo solicitó la reducción de la pensión al 10%, sino también que se excluya de la pensión el concepto de utilidades, pedido que fue declarado fundado por los órganos jurisdiccionales demandados, ocasionando la desnaturalización del debido proceso judicial al atentar contra el proceso de ejecución de sentencia. Arguye la demandante que el extremo concerniente al pago de utilidades nunca fue cuestionado por el demandado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

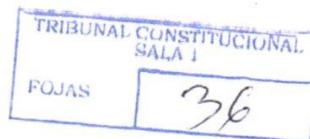


EXP. N° 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

3. Este Colegiado considera necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella si se ha producido la vulneración del derecho de la recurrente a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.
4. El Tribunal Constitucional ha señalado en forma reiterada que *"mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó"* (STC 4587-2004-AA/TC, fundamento 38). Asimismo, ha establecido que *"(...) el respeto de la cosa juzgada (...) impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, sino tampoco por cualquier otra autoridad judicial, aunque éste fuera de una instancia superior, precisamente, porque habiendo adquirido el carácter de firme, cualquier clase de alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho"* (STC 0818-2000-AA/TC, fundamento 4).
5. En autos está acreditado que la recurrente cuenta con sentencia firme que ha pasado en autoridad de cosa juzgada mediante la cual se declaró fundada la demanda de alimentos y se ordenó a don Carlos Romero Valdivia el pago mensual de alimentos ascendente al 20% de los ingresos que percibe a favor de su hijo Gilberto Alejandro Romero Bayarri, conforme lo señala el primer considerando de la sentencia de fecha 10 de marzo del 2010 (fojas 85 parte pertinente), concepto que ha venido siendo afectado desde el año 2005, sin embargo, ello no ha sido cuestionado por el obligado, por lo que el juzgador no ha emitido pronunciamiento respecto a la procedencia o no del mismo; por lo tanto, pretender que se excluya el concepto de utilidades de la pensión atenta contra la autoridad de la cosa juzgada, máxime si la percepción de dicho concepto no proviene de una condición de trabajo sino de un ingreso de libre disponibilidad el cual tiene carácter alimentario.
6. A mayor abundamiento si bien en el caso de autos la institución de la cosa juzgada material exige tener en consideración que el mandato puede variar solo por reducción o extinción de la obligación mediante sentencia firme, ello no significa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

que las sentencias emitidas en procesos de alimentos puedan ser vulneradas, bajo la premisa de que en tales sentencias no se aplica la figura de la cosa juzgada, atentándose contra la seguridad jurídica. Si bien es cierto que la pretensión está dirigida a la reducción de la pensión, el hecho de haber incluido como segunda pretensión la exclusión del concepto de utilidades del monto de la pensión de alimentos y esta haber sido admitida por los órganos jurisdiccionales disponiendo tal exclusión cuando esta figura no se encuentra prevista como causal de reducción, contraviene e infringe una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Y es que la orden que establece el pago de la pensión de alimentos a favor de la recurrente señala claramente abonar la pensión alimenticia mensual y adelantada correspondiente al 20% de los ingresos del obligado, debiéndose interpretar que dicho mandato incluye el concepto de utilidades, pues suponer lo contrario implicaría aceptar que la sentencia expresamente la ha excluido, lo que no ha sucedido, máxime si se tiene presente el apotegma jurídico que establece: “no se puede excluir donde el mandato judicial no excluye”, por lo que constituye una negligencia procesal del demandado no solicitar la aclaración y/o corrección oportuna de considerar que dicho concepto no debe incluirse en la pensión alimenticia.

7. En consecuencia las resoluciones cuestionadas que estiman la solicitud de excluir de la pensión alimenticia el concepto “utilidades” devienen en nulas por vulnerar el derecho de la recurrente a que se respete una decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo y, en consecuencia declara **NULAS** la Resolución N° 20, de fecha 10 de marzo del 2010, y la Resolución de fecha 30 de junio del 2010, en el extremo que excluye las utilidades de la pensión alimenticia; con costos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

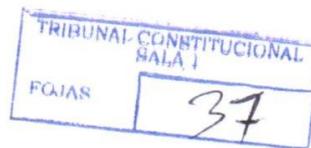
VERGARA GOTELLI
 MESÍA RAMÍREZ
 CALLE HAYEN

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
 SECRETARIO RELATOR
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 2832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARIA ANELA VICTORIA
 BAYARRI FERNÁNDEZ

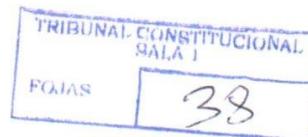
VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Que con el debido respeto que me merece el voto propuesto por el magistrado ponente, expreso mi disconformidad con los fundamentos expuestos, por lo que procedo a emitir el presente voto singular, por las consideraciones siguientes:

1. Con fecha 20 de agosto del 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, solicitando se deje sin efecto la resolución N° 20 de fecha 10 de marzo del 2010, en el extremo que declara fundada la demanda y dispone que se excluya únicamente las utilidades que viene percibiendo en la pensión alimenticia; y la resolución sin número de fecha 30 de junio del 2010 que resuelve confirmar la sentencia.
2. Sostiene que fue vencedora en un proceso judicial de alimentos (Exp. N° 225-2005), seguido contra don Carlos Romero Valdivia, el cual con sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada, se dispuso que el demandado acuda con pensión alimenticia mensual y adelantada en el porcentaje del 20% de las remuneraciones totales que perciba por todo concepto el demandado, al cual también se ha incluido el pago por concepto de utilidades. No obstante ello, refiere que después de 2 años que viene percibiendo la pensión, el obligado a prestar alimentos no solo solicitó la reducción de la pensión al 10%, sino que también solicitó se excluya de la pensión el concepto de utilidades, pedido que fue declarado fundado por los órganos jurisdiccionales demandados, ocasionando la desnaturalización del debido proceso judicial al atentar contra el proceso de ejecución de sentencia, precisando a su vez que el extremo sobre el pago de utilidades nunca fue cuestionado por el demandado.
3. Considero necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella, si se ha producido la vulneración del derecho de la recurrente a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.
4. El Tribunal Constitucional ha señalado en forma reiterada, que "*mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



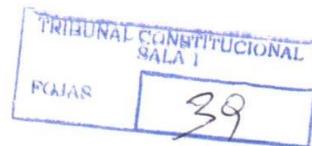
EXP. N° 2832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARIA ANELA VICTORIA
 BAYARRI FERNÁNDEZ

ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó" (STC 4587-2004-AA/TC, fundamento 38). Asimismo, cabe precisar que este Tribunal ha establecido que " (...) el respeto de la cosa juzgada (...) impide que lo resuelto pueda desconocerse por medio de una resolución posterior, aunque quienes lo hubieran dictado entendieran que la decisión inicial no se ajustaba a la legalidad aplicable, sino tampoco por cualquier otra autoridad judicial, aunque éste fuera de una instancia superior, precisamente, porque habiendo adquirido el carácter de firme, cualquier clase de alteración importaría una afectación del núcleo esencial del derecho" (STC 0818-2000-AA/TC, fundamento 4) .

5. En el caso de autos, está acreditado que la recurrente cuenta con sentencia firme con autoridad de cosa juzgada mediante la cual se declaró fundada la demanda de alimentos y se ordenó que don Carlos Romero Valdivia el pago mensual de alimentos ascendente al 20% de los ingresos que percibe el obligado a favor de su hijo Gilberto Alejandro Romero Bayarri, conforme lo señala el primer considerando de la sentencia de fecha 10 de marzo del 2010, (fojas 85 parte pertinente), concepto que ha venido siendo afectado desde el año 2005, sin embargo no ha sido cuestionado por el obligado, por lo que no ha permitido pronunciamiento por el juzgador respecto a la procedencia o no del mismo; por lo que pretender que se excluya el concepto de utilidades de la pensión que viene acudiendo vía proceso de reducción de alimentos, atenta contra la autoridad de la cosa juzgada, máxime si la percepción de dicho concepto no se trata de una condición de trabajo sino de un ingreso de libre disponibilidad el cual tiene carácter alimentario.
6. A mayor abundamiento, si bien nos encontramos frente a la institución de la cosa juzgada material, en razón a que el mandato puede variar solo por reducción o extinción de la obligación mediante sentencia firme; ello no es óbice para que las sentencias emitidas en procesos de alimentos puedan ser vulneradas, bajo la premisa que las sentencias de pensiones alimenticias no se aplica la figura de la cosa juzgada, atentándose contra la seguridad jurídica. Si bien es cierto la pretensión está dirigida a la reducción de la pensión, el hecho de haber incluido como segunda pretensión la exclusión del concepto de utilidades y este haber sido admitido por los órganos jurisdiccionales disponiendo la exclusión del concepto utilidades del monto de la pensión de alimentos, cuando esta figura no se encuentra prevista como causal de reducción, contraviene e infringen una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Y es que la orden que establece el pago de la pensión de alimentos a favor de la recurrente señala claramente que se le acuda con pensión alimenticia mensual y adelantada en el porcentaje del 20% de los ingresos del obligado, debiéndose interpretar que dicho mandato incluye el concepto de utilidades, pues



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 2832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARIA ANELA VICTORIA
 BAYARRI FERNÁNDEZ

suponer lo contrario implicaría aceptar que la sentencia expresamente la ha excluido, situación que no ha sucedido. Máxime si de acuerdo a la apotegma jurídico que “ no se puede excluir donde el mandato judicial no excluye” constituyendo una negligencia procesal del demandado el no solicitar la aclaración y/o corrección oportuna de considerar que dicho concepto no debe incluirse en la pensión alimenticia.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia se declara **NULA** la parte de la Resolución N° 20 de fecha 10 de marzo del 2010, que excluye de la pensión alimenticia únicamente el concepto utilidades así como la parte de la Resolución de fecha 30 de junio del 2010 que deja sin efecto la pensión alimenticia solo en el extremo que incluye utilidades.

Sr

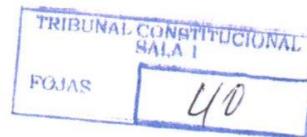
CALLE HAYEN

Lo que certifica

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDEA
 SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

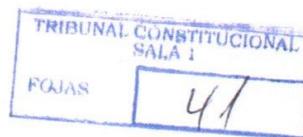


EXP. N.º 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARIA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNANDEZ

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto dirimente por los siguientes fundamentos:

1. La demandante interpone demanda de amparo contra la Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, doña Ivonne Lima Quispe, y contra el Juez del Segundo Juzgado de Familia de Ilo, don Francisco Aragón Mansilla, a fin de que se deje sin efecto la Resolución de fecha 10 de marzo de 2010, y su confirmatoria de fecha 30 de junio de 2010, resoluciones emitidas en el proceso sobre reducción de Alimentos seguido en su contra por el señor Carlos Romero Valdivia.
2. En el presente caso he sido llamado como dirimente, a efectos de que asuma posición respecto del caso. En tal sentido tenemos por un lado la posición de los jueces constitucionales Álvarez Miranda y Beaumont Callirgos, quienes consideran que la demanda debe ser desestimada por improcedente, considerando que lo que persigue la actora es el reexamen y la revaloración de los medios probatorios, considerando que las resoluciones cuestionadas están debidamente justificadas. Por otro lado tenemos la posición de los Jueces Constitucionales Mesia Ramírez y Calle Hayen quienes consideran que la demanda debe ser estimada por fundada y en consecuencia declara la nulidad de las resoluciones cuestionadas, por considerar que se está afectando el derecho a la cosa juzgada. Por otro lado tenemos el voto del juez constitucional Eto Cruz, quien desestima la demanda por infundada considerando que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente justificadas.
3. En tal sentido me corresponde asumir posición respecto de la pretensión planteada, siendo necesario para ello conocer de los antecedentes del caso.
 - a) La señora María Bayarri Fernández –recurrente en el presente proceso de amparo– interpuso demanda de alimentos en contra de don Carlos Romero Valdivia, obteniendo decisión favorable que le otorgaba **el 20% del total de los ingresos del demandado.**
 - b) Posteriormente, con fecha 25 de agosto de 2009, el señor Romero Valdivia (obligado con el pago de alimentos) interpone demanda sobre reducción de alimentos, considerando que la demandada en dicho proceso también debía de contribuir con la manutención del menor.
 - c) El Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, con fecha 10 de marzo de 2010, declaró fundada en parte la demanda de disminución de pensión alimentaria, disponiendo la exclusión de las utilidades, e Infundada la demanda respecto a la



reducción del 20% del total de ingresos mensuales. Apelada la sentencia, el *a quem*, con fecha 30 de junio de 2010, confirma la resolución apelada.

- d) Es contra dichas resoluciones que la señora Bayarri Fernandez interpone demanda de amparo, considerando que se están afectando sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la motivación de las resoluciones judiciales, entre otros.
4. Se observa de autos que la recurrente interpone demanda de amparo contra las resoluciones judiciales emitidas en el proceso sobre reducción de alimentos interpuesto por el señor Romero Valdivia en su contra. Tenemos de la revisión de las resoluciones cuestionadas que tanto el juez de primera instancia como el de segundo grado en un proceso sobre reducción de alimentos se ha dispuesto la exclusión de las utilidades.
 5. En tal sentido se advierte que en el proceso de alimentos iniciado por la recurrente Bayarri Fernandez, se dispuso el descuento del 20% del total de ingresos del demandado, señor Romero Valdivia. Por ello el referido señor interpuso demanda sobre reducción de alimentos, correspondiéndole al juez de la causa limitarse a lo que era materia de la pretensión, esto es si existían circunstancias que ameritaban una reducción razonable de la pensión alimentaria asignada al obligado. Sin embargo el Juez emplazado, desnaturalizando la pretensión, analizó si correspondía el descuento del 20% a las utilidades, es decir, resolvió sobre un tema distinto al expuesto en la demanda, situación que a todas luces afecta el principio de congruencia, puesto que siendo materia de la pretensión la reducción de alimentos, los jueces emplazados resolvieron sobre si debía considerarse dentro del descuento del 20% del total de ingresos del obligado las utilidades, determinando finalmente que tal concepto debía ser excluido del porcentaje establecido como pensión alimenticia.
 6. Por ende concuerdo con lo expresado por los Jueces Constitucionales Mesia Ramírez y Calle Hayen, puesto que se advierte la afectación de los derechos de la recurrente, correspondiendo declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas, debiéndose emitir nueva resolución resolviendo solo que es materia de la pretensión planteada en la demanda sobre reducción de alimentos.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo propuesta, y en consecuencia **NULA** la Resolución de fecha 20 de marzo de 2010, así como su confirmatoria, en el extremo que excluye las utilidades de la pensión alimenticia asignada al señor Romero Valdivia.

S.

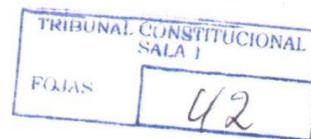
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Considero que la demanda de autos debe ser declarada **FUNDADA** por las razones siguientes:

1. En autos se cuestiona las resoluciones judiciales de fechas 10 de marzo y 30 de junio de 2010, en el extremo que disminuye la pensión de alimentos del hijo de la demandante, excluyendo las utilidades que se le abonaban en un 20%. La demandante alega que las resoluciones judiciales cuestionadas vulneran los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales.
2. De la lectura de los fundamentos que sustentan la resolución judicial de fecha 30 de junio de 2010, que es la resolución judicial firme que merece ser analizada, advierto que existen tres temas a evaluar relacionados con el alegato de la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

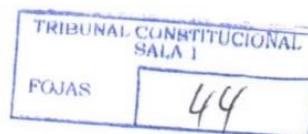
El primer tema es el relacionado con la aplicación del Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Moquegua del año 2008. De manera implícita, en la resolución mencionada se señala que la exclusión de las utilidades se justificaría porque no se solicitó expresamente o porque los ingresos ordinarios son suficientes para satisfacer las necesidades.

Considero que la primera interpretación propuesta por el Pleno Jurisdiccional citado es errónea, pues el Código Procesal Civil no señala que las utilidades tengan que demandarse expresamente para que formen parte de la pensión de alimentos; por el contrario, no hace distinción alguna para que se determine la base del monto de la misma. En efecto, el artículo 648.6 del Código Procesal Civil señala que "Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los **ingresos**". Negritas agregadas.

Esto quiere decir que la base del cálculo de la pensión de alimentos puede comprender cualquier clase de ingresos, es decir, todo lo que percibe una persona por tener o mantener una actividad económica dependiente o independiente. El Código Procesal Civil no distingue el origen de los ingresos para establecer la base del cálculo de la pensión de alimentos. Por dicha razón, considero erróneo que se sostenga que las utilidades solo pueden formar parte de la base del cálculo de la pensión de alimentos cuando ello sea demandado. Además, es una interpretación que no tiene sustento legal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



misma. Si bien el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, en el proceso de reducción de alimentos que se le inició a la ahora demandante era necesario justificar en forma razonada la impertinencia de los medios probatorios aportados para demostrar la subsistencia del estado de necesidad del alimentista. También era debido fundamentar porque las posibilidades del alimentante no tenían relación con la fundabilidad de la demanda de reducción.

Por las razones expuestas, corresponde declarar **FUNDADA** la demanda y declarar la nulidad de las resoluciones judiciales de fechas 10 de marzo y 30 de junio de 2010, en el extremo que se dispone la disminución de la pensión de alimentos del hijo de la demandante, excluyendo de ésta las utilidades que se le abonaban en un 20%, con el pago de los costos.

Sr.
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

.....
OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS ÁLVAREZ MIRANDA
 Y BEAUMONT CALLIRGOS**

Sustentamos el presente voto en las consideraciones siguientes:

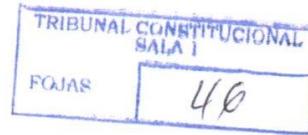
1. Con fecha 20 de agosto de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la jueza del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, doña Ivonne Lima Quispe, y contra el juez del Juzgado Familia de Ilo, don Francisco Aragón Mansilla, a fin de que se deje sin efecto la Resolución de fecha 10 de marzo de 2010 y su confirmatoria de fecha 30 de junio de 2010, emitidas en el proceso de reducción de alimentos seguido en su contra en calidad de representante de su menor hijo Gilberto Alejandro Romero Bayari, por don Carlos Romero Valdivia.

Sostiene la recurrente que las resoluciones cuestionadas no han tomado en cuenta las necesidades de su hijo, que cursa en la actualidad estudios universitarios, ni el incremento económico del obligado, valorándose de manera parcializada los medios probatorios ofrecidos, emitiéndose las referidas resoluciones en clara afectación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, excluyéndose irrazonablemente de la pensión alimenticia el rubro de las utilidades que percibe el demandante.

2. El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados, pues los magistrados demandados han sustentado de manera razonada su fallo.
3. Don Carlos Gustavo Romero Valdivia, en su calidad de litisconsorte, contesta la demanda señalando que los pronunciamientos emitidos se encuentran conforme a ley, habiéndose tenido en cuenta los medios probatorios pertinentes.
4. Con fecha 21 de enero de 2011 el Primer Juzgado Mixto de Ilo declara infundada la demanda por considerar que no se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales invocados, llevándose a cabo el proceso de manera regular respetándose el derecho de defensa y a la prueba, fundamentándose debidamente los fallos expedidos. A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



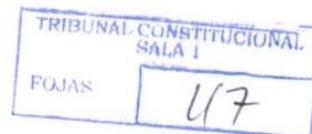
EXP. N.º 02832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

Superior de Justicia de Moquegua revoca la apelada y declara improcedente la demanda por considerar que la exclusión de las utilidades se encuentra adecuadamente motivada.

5. Conviene reiterar que el amparo contra resoluciones judiciales no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues no constituye un medio impugnatorio que continúe revisando una decisión que sea de exclusiva *competencia de la jurisdicción ordinaria*. En este sentido, debe recalcar que el amparo contra resoluciones judiciales requiere como presupuesto procesal indispensable la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales de las personas que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente (artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional).
6. Lo que pretende la recurrente es que se deje sin efecto la Resolución de fecha 10 de marzo de 2010 y su confirmatoria de fecha 30 de junio de 2010, emitidas en el proceso de reducción de alimentos seguido en su contra, en calidad de representante de su menor hijo Gilberto Alejandro Romero Bayari, por don Carlos Romero Valdivia. Sin embargo, de autos se observa que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente sustentadas, habida cuenta de que se ha justificado de manera razonada y suficiente la **exclusión de las utilidades**, al indicarse que las necesidades del alimentista en cuanto a salud, casa, educación, sustento y vestido están cubiertas tanto por la madre, que también percibe remuneración mensual, como por el padre, por lo que resulta excesivo gravar la utilidades que percibe el progenitor. Por otro lado, respecto al cuestionamiento de los medios probatorios que según afirma la demandante no han sido tomados en cuenta, se observa que el *ad quem* resuelve confirmar la resolución nueve (folio 82), que declara improcedente la actuación de dichos medios probatorios, por impertinentes, pues se dirigen a demostrar la riqueza u opulencia del demandado, lo cual afectaría a personas que no son parte del proceso.
7. Por consecuencia, en el devenir del proceso no se evidencia indicio alguno de un proceder irregular que afecte los derechos constitucionales invocados por la recurrente, siendo que, al margen de que los fundamentos vertidos en dicha resolución resulten compartidos o no en su integridad, constituyen justificación suficiente que respalda la decisión jurisdiccional adoptada, según la norma pertinente, por lo que no procede su revisión a través del proceso de amparo.
8. En consecuencia y no apreciándose que los hechos y el petitorio de la demanda incidan en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que invoca el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02832-2011-PA/TC
MOQUEGUA
MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
FERNÁNDEZ

recurrente, resulta aplicable lo previsto en el inciso 1 del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional

Por estas consideraciones, se debe declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

SS.

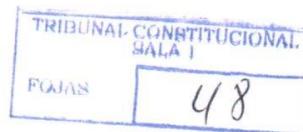
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que cery

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 2832-2011-PA/TC
 MOQUEGUA
 MARÍA ANELA VICTORIA BAYARRI
 FERNÁNDEZ

VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, debo señalar que mi voto es porque se declare infundada la demanda de autos, en atención a las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de agosto de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra la juez del Segundo de Paz Letrado de Ilo, doña Ivonne Lima Quispe, y contra el juez del Juzgado de Familia de Ilo, don Francisco Aragón Mansilla, solicitando que se deje sin efecto la resolución N.º 20 de fecha 10 de marzo del 2010 y su confirmatoria de fecha 30 de junio de 2010, en el extremo en que declaran fundada la demanda de reducción de alimentos interpuesta por don Carlos Gustavo Romero Valdivia y disponen que se excluya el concepto de utilidades de la pensión alimenticia que su menor hijo Gilberto Alejandro Romero Bayari viene percibiendo.

Aduce que fue vencedora en un proceso judicial de alimentos (Exp. N.º 225-2005), seguido contra don Carlos Gustavo Romero Valdivia, al interior del cual obtuvo sentencia favorable que dispuso que el demandado acuda con pensión alimenticia mensual y adelantada en el porcentaje del 20% de las remuneraciones totales que perciba por todo concepto el demandado. No obstante, refiere que después de 2 años, el obligado solicitó que se excluya de la pensión alimenticia el concepto de utilidades, pedido que fue declarado fundado por los órganos jurisdiccionales demandados, lo que a su juicio vulnera el debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.

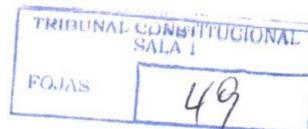
Con fecha 28 de septiembre de 2010, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda señalando que no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados, pues los magistrados demandados han sustentado de manera razonada su fallo.

Con fecha 18 de noviembre de 2010, don Carlos Gustavo Romero Valdivia, en su calidad de litisconsorte, contesta la demanda, señalando que los pronunciamientos emitidos se encuentran conforme a ley, habiéndose tenido en cuenta los medios probatorios pertinentes.

Con fecha 21 de enero de 2011 el Primer Juzgado Mixto de Ilo declara infundada la demanda por considerar que no se ha acreditado la vulneración de los derechos constitucionales invocados, llevándose a cabo el proceso de manera regular respetándose el derecho de defensa y a la prueba. A su turno, con fecha 17 de mayo de 2012, la Sala Mixta Descentralizada de Ilo de la Corte Superior de Justicia de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Moquegua revoca la apelada y declara improcedente la demanda por considerar que la exclusión de las utilidades se encuentra adecuadamente motivada.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. La pretensión tiene por objeto que se deje sin efecto la resolución N.º 20 de fecha 10 de marzo del 2010, expedida por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo, y su confirmatoria de fecha 30 de junio de 2010, emitida por el Juzgado de Familia de Ilo, que resuelven declaran fundada la demanda de reducción de alimentos interpuesta por don Carlos Gustavo Romero Valdivia y disponen que se excluya el concepto de utilidades de la pensión alimenticia que el menor hijo de la demandante viene percibiendo. Alegan la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Análisis de la controversia

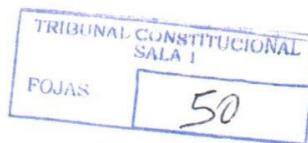
2. Como tiene dicho este Tribunal en reiterada jurisprudencia, el amparo contra resoluciones judiciales no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues no constituye un medio impugnatorio que continúe revisando una decisión que sea de exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria. En este sentido, debe recalarse que el amparo contra resoluciones judiciales requiere como presupuesto procesal indispensable la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales de las personas que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente protegido (artículo 5º inciso 1 del Código Procesal Constitucional).
3. Ahora bien, la cuestión constitucional controvertida que propone la recurrente en su demanda exige considerar, para su resolución, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, principio éste que también presupone un derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, conviene recordar que este Tribunal Constitucional ha interpretado que:

“[I]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)” [STC N.º 08125-2005-PHC/TC, FJ. 11].

4. En ese sentido, para apreciar si las resoluciones judiciales cuestionadas en este proceso han vulnerado o no los derechos invocados por la recurrente, es necesario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



recurrir a lo que en ellas se encuentra expuesto y justificado. Así pues, a fojas 84 obra la Resolución N.º 20, su fecha 10 de marzo de 2010, mediante la cual el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ilo declaró fundada en parte la demanda de disminución de pensión alimenticia, interpuesta por el ahora demandado, disponiendo la reducción de la pensión *“excluyéndose únicamente las utilidades”*, justificando dicha postura en base a lo siguiente: *“Dado que se ha acreditado el aumento de la capacidad económica de la madre del menor tanto por los ingresos mensuales que percibe como por las utilidades percibidas durante los años dos mil cinco a dos mil ocho, es la madre quien también debe afrontar los gastos para con su menor hijo dado que con el monto de la pensión alimenticia del veinte por ciento mensual, en la vía de los hechos, es el progenitor quien indebidamente viene asumiendo SOLO los gastos del menor, situación que no es lícita, tal como lo prevé el artículo 6 de la Constitución. La obligación también es de la madre”*.

5. Por su parte, la resolución sin número de fecha 30 de junio de 2010, expedida por el Juzgado de Familia de Ilo (fojas 102), resolvió confirmar la resolución apelada, aduciendo lo siguiente: *“(…) está probado que el alimentista tiene asistencia médica, casa que le proporciona su progenitora y para su sustento, educación y vestido, recibe un promedio mensual de novecientos sesenta y uno nuevos soles con dieciséis céntimos, a parte de lo que su madre le puede brindar con lo que percibe en su trabajo; por tanto no es necesario gravar las utilidades que percibe el demandante para cumplir con la obligación alimenticia que tiene para con su hijo y abarcarlas resulta excesivo y reñido con el artículo II del Título Preliminar del Código Civil: la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos del derecho”*.
6. En consecuencia, de lo antes glosado se desprende que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente sustentadas, pues se ha justificado de manera razonada y suficiente la exclusión de las utilidades de concepto de pensión alimenticia, al indicarse que las necesidades del alimentista en cuanto a salud, casa, educación, sustento y vestido están cubiertas tanto por la madre, que también percibe remuneración mensual, como por el padre, por lo que resulta excesivo gravar las utilidades que percibe el progenitor; razón por la cual la demanda debe ser desestimada.
7. Finalmente, debo precisar que lo aquí decidido no contradice anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional (*Cfr.* STC N.º 03162-2008-PA/TC, STC N.º 0750-2011-PA/TC), al ser éste un supuesto distinto, y pues de lo obrante en autos, como se dijo antes, queda demostrado que las resoluciones judiciales impugnadas se encuentran debidamente motivadas.

Por estas consideraciones, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Sr.
ETO CRUZ

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL