



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La lesión al principio de mínima intervención en el
proceso penal seguido por el delito de omisión de
asistencia familiar**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

César Giovanni DIAZ GUZMAN

ASESOR

Mg. Manuel Alexis BERMÚDEZ TAPIA

Lima, Perú

2026



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Díaz, C. (2026). *La lesión al principio de mínima intervención en el proceso penal seguido por el delito de omisión de asistencia familiar*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	César Giovanni Díaz Guzmán
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	74308503
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0009-8564-1619
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Manuel Alexis Bermúdez Tapia
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	09854795
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-1576-9464
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Octavio Galvarino Delgado Guzmán
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08033687
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Julio Hernán Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08248540
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580

Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Rímac Latitud: -12.055901 Longitud: -77.084435
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2025 - 2026
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL VIRTUAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N°006

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. OCTAVIO GALVARINO DELGADO GUZMAN
- 2.- Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS
- 3.- Mg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE
- 4.- Mg. MANUEL ALEXIS BERMÚDEZ TAPIA (Asesor)

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado don:

CÉSAR GIOVANNI DIAZ GUZMAN

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

La lesión al principio de mínima intervención en el proceso penal seguido por el delito de omisión de asistencia familiar

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

DIECISEIS (16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

APROBADO POR UNANIMIDAD CON LA NOTA DIECIOCHO (18) CON MENCIÓN HONROSA

Y para constancia se le extiende la presente Acta. en Lima a los VEINTISIETE días del mes de MAYO del año 2026

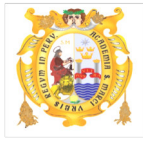
Presidente del Jurado

Dr. OCTAVIO GALVARINO DELGADO GUZMAN

Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS

Mg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE

MANUEL ALEXIS BERMÚDEZ TAPIA
(Asesor)



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, **Manuel Alexis Bermúdez Tapia** en mi condición de asesor acreditado con el Dictamen de la Escuela Profesional de Derecho N° 000008-2026-EPD-PDCP/UNMSM de la Tesis, cuyo título es **“La lesión al principio de mínima intervención en el proceso penal seguido por el delito de omisión de asistencia familiar”** presentado por el bachiller **César Giovanni Diaz Guzman**, para optar el Título Profesional de Abogado.

CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el CERO % (0%) de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título Profesional **de Abogado**.

Lima, 23 de abril de 2026

Firma del Asesor:

Nombres y apellidos del asesor: Manuel Alexis Bermúdez Tapia

DNI: 09854795

La vigencia del presente certificado corresponde a un período de noventa (90) días desde la fecha de su emisión; siempre que no haya observaciones en el texto durante el proceso de revisión por el jurado informante o surja alguna contingencia.

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	6
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN	10
PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS	12
CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	13
1. Planteamiento de la realidad problemática	13
2. Formulación del problema	19
3. Objetivo de investigación	19
a. Objetivo General:.....	19
b. Objetivos Específicos:	19
4. Transversalidad	19
5. Justificación de la investigación	20
6. Hipótesis	27
a. Hipótesis General:.....	27
b. Hipótesis Específicas:	27
CAPÍTULO 2: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	27
1. Tipo de investigación	27
2. Enfoque de la investigación	27
3. Diseño de investigación	28
4. Métodos de investigación	28
5. Técnicas e Instrumentos de recolección de la información	29
CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES.....	29
1. Antecedentes Nacionales	29
a. El aporte de Baldino (2022).....	29
b. La aproximación de Espinoza (2018)	30
c. El aporte de Velasquez (2021).....	30
d. El estudio de Vinelli & Sifuentes (2019).....	31
2. Antecedentes Internacionales.....	31
a. La propuesta de Castro (2020).....	31

b.	La aproximación de Sánchez (2012).....	31
c.	La visión de Castro (2018).....	32
d.	La posición de Peñaranda (2000).....	33
e.	El aporte de Pérez (2021).....	33
SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO.....		35
1.	Teoría General del Delito.....	36
1.1.	Teoría finalista del delito.....	37
1.2.	Teoría funcionalista del delito.....	38
2.	Derecho de igualdad ante la ley.....	39
3.	Derecho Penal como <i>ultima ratio</i>	40
4.	El Código Penal y el principio de intervención mínima.....	43
5.	Populismo Punitivo.....	44
6.	Criminología mediática.....	46
7.	Garantismo penal.....	47
8.	Delito de Omisión de Asistencia Familiar.....	49
9.	Imputación penal.....	51
10.	Interés Superior del Niño.....	53
11.	Patria Potestad.....	54
TERCERA PARTE: ANÁLISIS.....		56
ANÁLISIS SOBRE LOS LÍMITES DE LA PUNIBILIDAD Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN.....		57
1.	Los principios rectores de la punibilidad.....	57
a.	El rol del principio de mínima intervención.....	58
b.	La mínima intervención en la legislación.....	59
2.	El impacto de las políticas de hiperpunibilidad en la tipificación de delitos.....	60
a.	La modificación del artículo 446° del Código Procesal Penal.....	60
b.	La importancia de la calificación en sede penal.....	63
3.	El populismo punitivo como sostén de la lesión al principio de mínima intervención del Derecho Penal.....	64
a.	El impacto en la función legislativa.....	66
i)	La cada vez más ausente especialización en la creación de dictámenes.....	67
ii)	La desproporcionalidad de las penas.....	67
iii)	El cada vez más cercano Derecho Penal Simbólico.....	68

4. La configuración de la lesión al principio de mínima intervención en el delito de omisión de asistencia familiar.....	69
a. La pérdida de la subsidiariedad del Derecho Penal en el Perú	69
b. La afectación de la fragmentariedad del Derecho Penal.....	71
c. La lesión jurisprudencial: Del reconocimiento de la existencia de medios alternativos a la indefensión en sede penal	73
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	78
1. Contrastación de las hipótesis específicas	78
2. Contrastación de la hipótesis general.....	81
CUARTA PARTE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	83
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	86
ANEXO.....	95
Matriz de Consistencia.....	95

DEDICATORIA

A mis padres, quienes aun en un momento de dificultad familiar, han sido un gran apoyo para la realización del presente trabajo.

A mi hermana, quien ha sido una presencia permanente en mi vida y con quien siempre he sido muy cercano.

A mi alma máter, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la misma que fue un segundo hogar para mi persona.

AGRADECIMIENTO

A mi profesor asesor, Manuel Bermúdez Tapia, quien le brindó la confianza al desarrollo de este trabajo y fue un gran apoyo en un aspecto académico.

Al Dr. Humberto, quien me brindó las bases y la motivación para encaminarme en el hermoso mundo del Derecho Penal.

A mis amigos, quienes me brindaron el soporte en los momentos difíciles y de estrés en mi vida, los mismo a quienes siempre los tendré presentes.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el alcance de la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, referente al incumplimiento del pago de la resolución judicial que ordena la prestación de alimentos, y se plantea evaluar como la conducta típica evaluada constituye una contradicción aparente al principio básico de la mínima intervención del Derecho Penal, proyectándose un empleo negligente de la intervención punitiva del Estado como última ratio.

En este sentido, la legislación penal aplicable a este tipo penal permite evaluar un sentido sobre su viabilidad, utilidad y racionalidad en el ámbito del control social negativo, toda vez que la aparente “lesión” o afectación al bien jurídico se ha ido perpetuando a través del tiempo mediante reformas legislativas surgidas desde un ambiente abiertamente controlado por el populismo punitivo, y aceptado por una línea jurisprudencial que evidencia contradicciones sistemáticas. Así, el estudio considera no solo la tipificación de la conducta sancionada, sino que se extiende al ámbito de aplicación del propio proceso en la normativa procesal y en las modificaciones realizadas a la misma.

El objetivo general de la investigación se dirigió a determinar la incidencia que provoca la activación unilateral del proceso seguido desde un proceso alimentario en vía civil, hacia su continuación en la vía penal a través de la tipificación de la conducta prevista en la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, ello en el contexto de la lesión del principio de mínima intervención como marco del proceso penal; por su parte, los objetivos específicos se orientaron a determinar el papel del populismo punitivo tras la modificación de la normativa que rige el paso de la jurisdicción civil a la penal en un proceso de alimentos, además de establecer el impacto sobre los derechos de los procesados cuando se limita la revisión en sede civil de los elementos a remitir desde la justicia civil.

A través de la revisión documental, normativa y jurisprudencial se demostró que la tipificación de la conducta recaída en el incumplimiento de la obligación alimentaria presente en la primera modalidad del delito de asistencia familiar lesionaba el principio de mínima intervención al este iniciarse unilateralmente desde la justicia civil; aunado a ello, se identificó que el populismo punitivo y la criminología mediática se expresaban a través de la función legislativa expresada a través de modificaciones normativas, de la misma forma que se corroboró que la

jurisprudencia de la más alta corte peruana ha limitado el papel de control de los órganos encargados de brindar justicia en los casos de omisión de asistencia familiar, lesionando no solo los principios fundamentales del Derecho Penal, sino derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: omisión de asistencia familiar, principio de mínima intervención, derechos fundamentales, control judicial, populismo punitivo.

ABSTRACT

This paper analyzes the first modality of the crime known as “failure to provide family support”, referring to the non-compliance with the payment ordered by a judicial ruling for maintenance of the beneficiary, and it proposes to evaluate how the criminalized conduct constitutes an apparent infringement of the basic principle of minimal intervention in criminal law, stated as a *ultima ratio*.

In this sense, the criminal legislation applicable to this type of criminal law allows us to evaluate a sense of its viability, usefulness and rationality in the field of negative social control, since the apparent “infringement” or affectation of the protected value has been perpetuated over time through legislative reforms arising from an environment openly controlled by punitive populism, and accepted by a jurisprudential line that evidences systematic contradictions. Thus the study considers not only the typification of the sanctioned conduct, but also the process itself and how it has been regulated and the modifications made to it.

The general objective of this research was to determine the impact caused by the unilateral activation of the proceedings, transitioning from a civil maintenance process to its continuation in criminal court through the criminalization of the conduct provided in the first modality of the crime known as failure to provide family support, within the context of the violation of the principle of minimal intervention as a framework for criminal proceedings. The specific objectives were aimed at determining the role of punitive populism following the modification of the regulations governing the transition from civil to criminal jurisdiction in maintenance proceedings, as well as establishing the impact on the rights of the defendants when the review of the elements to be forwarded from the civil courts is restricted.

Through a documentary, regulatory, and case law review, it was demonstrated that the criminalization of the conduct involving the breach of the maintenance obligation—present in the first modality of the crime known as failure to provide family support—infringed the principle of minimal intervention, as it is initiated unilaterally from the civil justice system. Additionally, it was identified that punitive populism and media criminology were expressed through the legislative function via regulatory amendments. Similarly, it was corroborated that the case law of the Peruvian Supreme Court has limited the supervisory role of the bodies

responsible for administering justice in cases of failure to provide family support, violating not only the fundamental principles of criminal law but also fundamental human rights.

KEYWORDS: failure to provide family support, principle of minimal intervention, fundamental human rights, judicial control, punitive populism.

INTRODUCCIÓN

Los principios básicos del Derecho han sido los pilares del Derecho Penal desde los inicios de la codificación penal, encontrándose actualmente en el Título Preliminar del Código Penal vigente, teniendo como finalidad actuar como guías ante la aplicación del *ius puniendi* estatal, reiterando la vigencia de la supremacía constitucional y sus principios básicos en la protección de los derechos humanos; debe señalarse que esta figura se aplica como marco interpretativo del código que lo contiene¹.

No obstante, es desconocido el impacto real que estas poseen sobre la voluntad conjunta, formada de la mayoría del Poder Legislativo debido a los escasos límites que existen sobre el poder de creación de leyes, es así que cabe preguntarse si toda norma debe tener validez por su propia emisión o si debe realizarse un análisis posterior por los órganos aplicadores del Derecho, tal y como suele fijarse mediante Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema del Perú, como órgano de control de los derechos fundamentales ante las normas existentes en el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, nos encontramos con el delito de omisión de asistencia familiar, ubicado en el artículo 149 del Código Penal vigente, uno que ha recibido variopintas modificaciones desde su creación, las cuales han sido abordadas por la doctrina, como lo son la vía del proceso inmediato como consecuencia obligatoria al recibirse copias de la jurisdicción civil y cómo ello afecta al derecho de defensa del denunciado, y la factibilidad misma de la sanción ante los principios rehabilitadores de la prisión; empero, no se ha realizado un análisis puramente jurídico sobre el tipo penal de omisión de asistencia familiar tomando en cuenta los principios rectores del Derecho Penal recogidos por la jurisprudencia desde el Derecho extranjero, como lo es el principio de mínima intervención.

Los esfuerzos doctrinarios existentes sin embargo, sí han aportado desde los rincones del impacto del populismo punitivo sobre la función legislativa, resaltando las vigentes corrientes hiperpunitivistas que se acompañan de la criminología mediática que ha fomentado una visión rica en aceptación de las políticas legislativas que desconocen las bases propias del

¹ Poder Ejecutivo, *Código Penal*, Decreto Legislativo 635, promulgado el 3 de abril de 1991, <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>.

Derecho y la importancia de mantener la estabilidad del ordenamiento jurídico, en aras de que se protejan los derechos fundamentales y los principios básicos del sistema democrático.

En base a ello, la presente investigación busca desarrollar un análisis jurídico del tipo penal del delito de omisión de asistencia familiar a la luz del principio de mínima intervención del Derecho Penal, en aras de demostrar la lesión que se ha causado con la sola existencia de este tipo sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, el cual trasciende la normas sustantiva y ha generado efectos sobre la propia norma adjetiva, además de relacionar las recientes modificaciones sobre estas a fin de determinar si se encuentran acorde a los principios básicos del Derecho.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICOS

CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento de la realidad problemática

Es menester señalar que el Estado no puede ser contenido en una norma completamente positiva, inmutable y estancada en el tiempo, sino que este se transforma en un ente vivo que se guía por una norma fundamental que expresa principios, objetivos y valores intrínsecos a la existencia del propio Estado, pasando de los clásicos Estados Legales, a los Estados Constitucionales a los que Ferrajoli refiere, los cuales aún se encuentran en el mundo de lo aparente, es común apreciar cartas magnas con las máximas garantías y las mayores libertades hacia sus ciudadanos, pero cabe preguntarse si acaso basta con que los textos constitucionales se llenen de *apariencia de constitucionalidad*, o si es su verdadero propósito el garantizar lo que ellos mismos contienen, ¿Debe el Derecho limitarse a ser fundamentalmente coherente en su redacción o debe expandirse hacia concretar sus fines? ²

Resulta evidente que la función del Derecho no puede limitarse hacia el mundo teórico, especialmente cuando su incidencia es puramente práctica, cuando su propia función no es otra que brindar orden en la sociedad, sea a través de la asignación de poder como en la protección contra este mismo, por ello se dice que: “*En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos*”³.

Empero, no hay mayor expresión práctica del Derecho en su aspecto más intrusivo, como a la vez más humano que en el Derecho Penal, la herramienta de control del Estado, su mayor arma y a la vez su más delicada rama de influencia en la vida de todos los ciudadanos, desde su aspecto más silencioso en la llamada prevención general, hasta su aspecto más vengativo expresado en sus medidas inquisitivas; no obstante, en el transcurso de tal desarrollo histórico, se fueron desarrollando también las diferentes formas de afrontar lo que se consideró “delito”, la transgresión de tales normas fundamentales que se fijaron con la creación del Estado, la afrenta hacia ese Leviatán moribundo que trabajaba para sus ciudadanos, y aunque no corresponde a la presente investigación ingresar en profundidad a la

² Luigi Ferrajoli, “Sobre los derechos fundamentales” *Revista Cuestiones Constitucionales*, no. 15 (2006): 113–136

³ Luigi Ferrajoli, “Sobre los derechos fundamentales”

rica historia llena de cambios por la que ha transcurrido el Derecho Penal, se hace necesario realizar un repaso por las más importantes momentos de este, las cuales explican por su propia existencia la problemática a tratar.

En aras de tratar, aunque someramente, algunos de los hitos del Derecho Penal, no puede existir otro punto de inicio que el Código de Hammurabi⁴, el cual se presentó como una de las primeras expresiones de lo que hoy conocemos como Derecho Penal y la primera recopilación conocida de leyes en la historia —con el total de 289 leyes en un monolito—, el cual poseía garantías tan fundamentales como el acceso al aporte de pruebas por parte del acusado, y con sanciones basadas en la conocida *ley del talión* para infracciones que muchos podrían considerar complejas para la época, como lo era declarar falsamente en juicio; sin embargo, ello se explica en la propia naturaleza de lo que es el Derecho Penal, el conjunto de preceptos morales que alcanzaron la constitucionalización por el nivel de daño sobre la estructura social actual, pues, como expone Roxin, “*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”⁵, aunque en la época del Código de Hammurabi —y actualmente de la misma forma, pero cubierto por el manto de legalidad que otorga el origen legal de los ilícitos penales— se relacionaba directamente con los preceptos morales impuestos en un periodo de tiempo por la idiosincrasia vigente en una determinada sociedad, en este caso la Babilonia de hace más de 3000 años.

Por otro lado tenemos el Derecho Romano, la cuna de los sistemas jurídicos actuales —especialmente en el ámbito civil— y parte esencial del Sistema Jurídico Romano-Germánico que se ha complementado con aportes del Derecho Canónico y del Derecho Francés⁶, el cual expresó en la conocidas XII Tablas⁷, las cuales no diferenciaban lo jurídico de lo religioso, estableciéndose como normas de convivencia entre el pueblo romano, cabe señalar que es de

⁴ Considerado el primer texto legal de la historia, fueron 282 leyes escritas por el rey Hammurabi de Babilonia entre los años 1795 a 1750 a.C.

⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1ª ed., 1997), 56.

⁶ Manuel Bermúdez Tapia, "Legitimidad de la legislación en el estado de derecho", en *Derechos humanos: La transformación de la cultura jurídica* (Ediciones Nueva Jurídica, 2018).

⁷ Las leyes de las XII tablas fueron la norma fundante del derecho en Roma, habiéndose identificado que su emisión se dio en el 449 a.C., establece los derechos y deberes del ciudadano romano.

aquí de donde se diferencia *crimen* y *delito*, siendo que el primero refiere a los ilícitos penales que era perseguidos por las autoridades estatales, y los delitos eran perseguidos por los particulares según el interés concreto que tuviera sobre cada una de las situaciones jurídicas; a su vez, se creó el *suplicium* como una especie de pena de muerte, y el *damnum*, el cual era un equivalente a la reparación civil actual, por lo que el Derecho Romano fue un momento de cambio en la historia del Derecho Penal pues se abandonó la estricta relación derecho-religión para formar figuras solidas puramente jurídicas que sostienen su sistema penal.

Se debe señalar que, en la Edad Media, resaltaron dos modelos principalmente en el mundo del Derecho Penal, el modelo germánico y el Derecho Canónico; no obstante, el primero surge como la revitalización de un Derecho Romano donde “*se media el daño causado como consecuencia de la conducta producida, más allá de la intención o no, la misma que no cobraba mayor importancia*”⁸, por lo que hablamos de los que hoy se considera puramente un examen de tipicidad objetiva, mientras que el Derecho Canónico es uno puramente religioso creado para los seguidores de la Iglesia, se aplicaba al clero y los feligreses a través de las disposiciones del *Corpus Iuri Canonici*⁹ ejecutadas por la institución de la Inquisición; es así que, corresponde señalar que la excesiva violencia desplegada por la mencionada institución generó movimientos reactivos humanistas que proponían que las sanciones no incluyan tortura o la muerte, tal y como Cesare Beccaria cuestiona la institución del tormento al asegurar que “*el delito es cierto o incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos, porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no está probados*”¹⁰.

Finalmente, posteriormente a la Revolución Francesa, las ideas de la Ilustración alcanzaron al Derecho, haciendo surgir las múltiples escuelas que hoy conforman la historia más rica de este, tal y como lo fue la Escuela Clásica, la que buscaba la protección de garantías individuales, pero se limitaba a ser demasiado formalista y considerar al delito como mera

⁸ Joaquín Manuel Missiego del Solar, “Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal a través del tiempo” *Advocatus*, no. 28 (2013): 343–359.

⁹ El corpus iuris canonici es la colección de las normas canónicas por las que se guía la Iglesia Católica, fue compuesto entre los años 1140 y 1503.

¹⁰ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (Madrid: Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 39, <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/af38d791-67dc-4a15-808b-f506de60a0a9>.

creación de la ley que actuaba como consecuencia de la infracción a esta; en el caso de la Escuela Positiva, se centró en el delincuente, considerándolo un ser humano enfermo bajo la visión que Darwin propuso sobre la evolución, razón por la que, aunque se investigaba al delincuente, se lo observaba intentando encontrar las características diferenciadoras que lo relacionaran con el delito; la Escuela Sociológica Alemana, como una de las escuelas eclécticas, tomaba elementos de las escuelas antes mencionadas, tales como la necesidad de imponer penas sobre los hechos justos, para lo cual se aceptaba el hecho de la causalidad, sin embargo, se negaba el análisis clínico propuesto por la escuela positivista, considerando que no existen criminales natos; en el caso de la Escuela Finalista, significó gran cambio sobre las anteriores escuelas, desarrollada en parte por Hans Welzel, nos trae el clásico *iter criminis*¹¹ en su forma más conocida, debido a que bajo esta teoría, “*Es misión del Derecho Penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad*”¹², por lo que desarrolla los conceptos de tipicidad, tanto en su aspecto objetivo cuando menciona que no puede haber delito si es que el hecho desplegado y la ley no coinciden a plenitud, a la vez que considera necesaria la concurrencia del dolo o culpa en estas acciones, por otra parte, resalta el rol de la antijuridicidad en la comisión de un delito al mencionar que “*Todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad*”¹³, razón por la que la antijuridicidad se configura en todos los delitos a menos que exista causal de justificación.

De esta manera, se puede apreciar que el Derecho Penal ha ido desde los más dantescos castigos, hasta los modelos garantistas que hoy se erigen como el futuro del Derecho Penal, ello a pesar de que se siga tomando en cuenta teorías que buscan volver a medidas más extremas como la del Derecho Penal del enemigo de Jakobs; no obstante, si algo se debe resaltar es que todo ese desarrollo expuesto, poco a poco, fue desarrollando los esbozos de lo que hoy llamamos principios fundantes del Derecho Penal, pilares tan sólidos que buscan limitar el poder punitivo del propio Estado bajo los conceptos históricos que fueron plasmados en el texto constitucional peruano, tales como lo son el principio de legalidad, con la clásica expresión *nullum crimen sine lege*; el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos o principio de lesividad, desde la escuela finalista, que indica

¹¹ Frase latina que refiere al camino del delito, define las etapas por las que debe pasar el sujeto activo para configurar el ilícito penal reprochable.

¹² Hans Welzel, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra (Buenos Aires: Editorial Roque DePalma, 1956).

¹³ Ibidem, pp. 57.

que toda norma penal debe estar enfocada a la protección de bienes jurídicos; el principio de humanidad, que se desprende del enfoque de derechos humanos del que está investida nuestra Constitución; el principio de culpabilidad, el cual sigue siendo fundamental en la actualidad pues garantiza que no pueda condenarse sin que se haya probado la culpabilidad de una persona, aunque concurren los elementos típicos y antijurídicos; el principio de jurisdiccionalidad, que reserva la acción penal a sede judicial con todas las garantías constitucionales; el principio de proporcionalidad de las sanciones; y el foco de la presente investigación, el principio de *mínima intervención*, por el cual “*el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general*”¹⁴, bajo el sustento de que, en la sociedad actual, deben usarse todos los medios posibles en el ordenamiento jurídico para solucionar los conflictos, dejando al Derecho Penal como la última alternativa luego de que **todo lo demás haya fallado**, sin embargo, no es posible afirmar que su presencia tenga un efecto *ex ante* en la emisión de leyes, por lo que muchas veces estos se aplican *ex post* en el marco de un proceso, tal y como se dio en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011, Huancavelica, el cual estableció para el sistema judicial peruano que “*la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario*”¹⁵.

En ese sentido, se puede identificar la presencia de un delito muy peculiar, ubicado en el artículo 149° del Código Penal vigente¹⁶, la omisión de prestación alimentaria que tiene orígenes que pueden ser rastreados hasta la Ley N° 13906, “Disposiciones y sanciones para lo que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente”¹⁷, la misma que se dio en el marco de la vigencia del Código Penal de 1924¹⁸ que no contemplaba sanciones contra el incumplimiento de las obligaciones alimentarias; así, debe tenerse en cuenta que el Código Penal de 1924 ya tipificaba delitos contra la familia, tales como el adulterio en los artículos

¹⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed. (Buenos Aires: Editorial B de F, 2010), 393.

¹⁵ Poder Judicial del Perú, *Recurso de Nulidad N.º 3763-2011*, Huancavelica, 29 de enero de 2013.

¹⁶ *Código Penal*, 1991.

¹⁷ Congreso de la República, *Disposiciones y sanciones para lo que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente*, Ley 13906, aprobado el 18 de enero de 1962, <https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1962/Enero/13906.pdf>.

¹⁸ Congreso de la República, *Código Penal*, Ley 4868, aprobado el 10 de enero de 1924.

212° y 213° o los matrimonios ilegales en el artículo 214°, no obstante, no es hasta la expedición de la Ley N° 13906 que se introduce una sanción penal al incumplimiento de la prestación de alimentos.

Cabe apreciar sin embargo que la tipificación presente en la Ley N° 13906 refiere a la “sustracción intencional”, señalando a su vez que la intencionalidad se presume salvo prueba en contrario, destacando las características inquisitivas de la antigua legislación, empero, el mismo se encuentra definido en el Código Civil vigente de la misma forma, sancionando en su primera modalidad, el incumplimiento de pago de las sentencias civiles en materia alimenticia, por lo que en el marco de un Estado Democrático de Derecho, es menester preguntarse: ¿Vulnera el principio de mínima intervención la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar?, teniendo en cuenta que este principio (*definición jurisprudencial*) limita el *ius puniendi* estatal y establece al Derecho Penal como la última ratio, sin embargo, cuando se estudian las estadísticas del Poder Judicial, estas difieren muchísimo de las estadísticas de la Policía respecto a las denuncias presentadas, siendo que esta última presenta a los delitos contra el patrimonio con casi el 50% de las incidencias, mientras que las estadísticas judiciales muestran que, de las 87 846 personas sentenciadas en el año 2019, 23 779 fueron condenadas por delitos contra la familia¹⁹, por lo que es necesario reformularse si resulta coherente con la intervención mínima estatal que el delito con mayor número de sentenciados sea uno que se configura bajo la existencia de una sentencia civil y que, además, no es ni de cerca el delito que más se denuncia en todas las partes del país.

Este método, bajo el bien jurídico del “Amparo familiar”, en el contexto actual de un Estado Constitucional de Derecho, vulnera los principios fundamentales en los cuales se enmarca el Derecho Penal, es por ello que la presente investigación probará que este método, hoy vigente, de derivación inmediata, forma parte del populismo punitivo que rige, lamentablemente, los actuales sistemas democráticos.

Cabe aducir que se considera populismo punitivo al que: “*contempla una instrumentalización creciente del código penal y las políticas securitarias como una baza para la maximización del voto en sociedades donde se pierde la cohesión social y crece el*

¹⁹ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Perú: *Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012–2018*, extraído de las estadísticas del Poder Judicial (Lima: INEI, 2018), 90.

miedo a la victimización”²⁰, es ese extremo más conservador de la política que no propone a la sanción del delito como un medio de reinserción, sino como un medio de retribución, de castigo a la persona que ha infringido el ordenamiento jurídico, en una especie de retroceso hacia las épocas inquisitivas.

2. Formulación del problema

¿El proceso surgido alrededor del delito de Omisión de Asistencia Familiar lesiona al principio de mínima intervención del Derecho Penal?

3. Objetivo de investigación

a. Objetivo General:

Determinar si se infringe el principio de intervención mínima por la activación unilateral de la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar.

b. Objetivos Específicos:

- **Describir** las modificaciones relacionadas a la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar como expresión del populismo punitivo.
- **Establecer** de qué manera afecta la imposibilidad de realizar una revisión en sede penal de los actuados en sede civil en el marco de la incoación de la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar.

4. Transversalidad

La investigación trasciende los problemas jurídicos para tener un enfoque social sobre uno de los problemas más prominentes de la sociedad peruana, el incumplimiento de obligaciones alimentarias que causa grandes deficiencias en el desarrollo de los menores en los primeros años de su vida, y como ello es abordado por el propio Derecho para intentar solucionar un problema que excede su ámbito de actuación, enfocándonos en darle una visión de crítica al modelo vigente y su motivación desde su concepción legislativa.

²⁰ Alfonso A. López-Rodríguez, Álvaro González-Gómez, y Serafín González-Quinzán, “Populismo punitivo y extrema derecha en el espacio ibérico,” *Universitas-XXI* 35 (2021): 103–126, <https://doi.org/10.17163/uni.n35.2021.05>.

5. Justificación de la investigación

La investigación tiene como base al latente problema en el Perú respecto a la gran cantidad de casos por Omisión de Asistencia Familiar que devienen en la saturación del sistema penal, debido a la facilidad con la que este delito se configura por su propia naturaleza de pura remisión de la inejecución de una sentencia civil, es así que se puede apreciar que el proceso con el cual se justifica el inicio la acción penal, es un proceso eminentemente civil, el llamado “*Proceso de Alimentos*”, el cual, regularmente suele ser accionado por el progenitor que tiene bajo su cuidado al hijo en común en contra del que no lo tiene, aunque existe obligación alimentaria también de hijos a padres, o entre hermanos de ser el caso²¹; en todo caso, el proceso civil se inicia con la presentación de la demanda ante el Juez de Paz competente, sea en el distrito del domicilio del demandante o del demandado, proceso en el cual sí existen garantías para la parte demandada, pudiendo alegar imposibilidad de pago que deberá ser tomando en cuenta por el juez si es que esta situación se comprueba; no obstante, de no haberse llegado a acuerdo, o en el caso que el juez civil considere que no hay justificación para entablar medidas alternas a la obligación de fijar un monto para alimentos, además de liquidar los devengados, se emitirá resolución dando última oportunidad a la parte demandada para cumplir con la obligación **bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público**²², lo cual, hasta el 01 de diciembre del 2015, constituía una remisión común de las piezas procesales hacia el órgano fiscal para que éste, de considerarlo pertinente, abriera investigación y siguiera con un proceso común contra los que omitían cumplir con las obligaciones civiles.

Empero, el 31 de agosto del 2015 se publicó la el Decreto Legislativo N° 1194, el cual modificó el artículo 446° del Código Procesal Penal —*artículo referente a las causales para la aplicación del proceso inmediato*—, generando una obligación *bajo responsabilidad funcional* para los fiscales que no incoaron proceso inmediato en una serie de casos definidos

²¹ Cabe señalar que, el artículo 474° del Código Civil, indica que se deben **recíprocamente alimentos**, los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos.

²² Se debe resaltar que, bajo la modificación de la Ley N° 31960 del 18 de diciembre del 2023, se modificó el artículo 566-A del Código Civil, generando una obligación a estos de remitir copias al Ministerio Público, con el texto siguiente: “*Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia con calidad de firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, de oficio y bajo responsabilidad, previa liquidación correspondiente, el requerimiento del cumplimiento del pago y el consentimiento expreso del representante procesal del menor alimentista, remitirá copias certificadas de las piezas procesales pertinentes al fiscal provincial penal de turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones de conformidad con el literal d) del numeral 1 del artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal*”

taxativamente en el inciso 1, donde no figuraba el caso de la omisión de asistencia familiar, sino que se agregó el inciso 4 que prescribía: *“Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el Fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente Código”*²³, el cual, aunque también generaba una obligación para el fiscal, no se encontraba bajo el supuesto de responsabilidad funcional, por lo que, en algunos casos, los fiscales realizaban un control de legalidad de las piezas procesales enviadas por los jueces civiles para valorar la posibilidad de incoar un proceso inmediato, lo cual, aunque en mucha menor medida, permitía a la parte demandada generar una defensa contra posibles vulneraciones a sus derechos en sede civil.

No obstante, el 18 de diciembre del 2023, se publicó la Ley N° 31960, la cual retiró la omisión de asistencia familiar el inciso 4 del artículo 446° del Código Procesal Penal, pero lo incluyó en el literal d del inciso 1 del mismo artículo con el siguiente texto hasta hoy vigente: *“Cuando reciba del juez competente copias certificadas de las piezas procesales pertinentes para acusar al deudor alimentario por la comisión del delito de omisión de prestación de alimentos previsto en el artículo 149 del Código Penal, Decreto Legislativo 635”*, lo cual significó que los fiscales estaban obligados a incoar proceso inmediato en el caso de que se les remitiera copias desde un Juzgado Civil que indicara el incumplimiento de la obligación alimentaria, sin posibilidad alguna de que el fiscal pueda valorar los elementos para determinar la viabilidad del caso; en resumen, las modificaciones introducidas en el proceso que, bajo la justificación de, inicialmente agilizar el proceso, ha cerrado las puertas de solución desde la propia vía penal, generando una imposibilidad de que el proceso penal sea solucionado por una manera alternativa al pago.

Aparte de ello, en el marco de la pandemia que acechó a todo el Perú, pero tuvo especial incidencia sobre el sistema penitenciario peruano, se emitieron diversas modificaciones para, aparentemente facilitar la salida de los condenados del analizado delito, incluyeron un mecanismo especial para los casos de menor lesividad, como lo es la omisión de asistencia familiar, llamado remisión automática de la pena; es así que podemos ubicar al Decreto Legislativo N.º 1300²⁴ (llamado “Decreto Legislativo que regula el procedimiento

²³ Texto vigente desde el 01 de diciembre del 2015 al 18 de diciembre del 2023.

²⁴ Véase: <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/decreto-legislativo-que-regula-el-procedimiento-especial-de-decreto-legislativo-n-1300-1468962-7.pdf>

especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena”), siendo que este establece que, en el caso de la Omisión de Asistencia Familiar, se puede transformar automáticamente la pena en alternativa si se demuestra el pago íntegro de la reparación civil y la deuda acumulada; esencialmente se crea la posibilidad de pasar años entre el proceso civil y el penal, todo para que en último momento el obligado pague la deuda total y se libre de la condena, de esta manera se pierde todo efecto práctico sobre los casos donde existe un incumplimiento voluntario —y que son los que en primer lugar propone sancionar la norma penal—; además, se tiene al Decreto Legislativo N.º 1459²⁵, en el que se modifican los requisitos para acceder al beneficio de conversión de la pena, de esta manera solo se exige la presentación de la declaración jurada del domicilio al salir de prisión y la certificación del pago ante el juez (que desde esta modificación se da directamente sin mediar audiencia), sin embargo, permanece la necesidad de haber pagado la integridad de la deuda, generando una imposibilidad de cumplir en muchos de los procesados, lo cual deviene en una condena efectiva en su contra.

Ambas modificaciones llevan a que el delito sea esencialmente inaplicable en los casos para los que fue creado, ello debido a que la sanción debería recaer sobre el incumplimiento voluntario de la obligación, sobre el obligado que tiene la posibilidad de pagar pero no lo hace a pesar de ello, y son esos casos los beneficiados pues saben que a último momento es posible pagar la deuda completa y evitar la prisión; por otro lado, los casos en los que se condena a obligados que realmente no tienen capacidad de pago son los que van a perdurar pues la medida no cambia en lo absoluto su situación y la imposibilidad de cuestionar este aspecto en vía penal, sólo logra que el delito sea aún más innecesario de lo que ya se había planteado en los cuestionamientos teóricos.

Otro gran problema se encuentra en la emisión de normas de familia que se enfocan en crear falsas soluciones a problemas reales, tales como la creación del delito de omisión de asistencia familiar, este responde a un verdadero problema jurídico que en primer lugar se aborda desde el ámbito de justicia civil, en ella se determina la existencia de la obligación y el quantum a pagar —es importante señalar que en este primer proceso sí existe una discusión sobre la capacidad de pago para que el juez determine lo que se va a pagar, sin embargo, cabe preguntarse la fiabilidad de tal determinación cuando nos encontramos en un país con un nivel de informalidad que no permite que el juez determine datos tan básicos como lo son la

²⁵ Véase: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/582560/DL_1459.pdf?v=1586874717

propiedad de inmuebles —y muebles registrables—, la existencia de los hijos extramatrimoniales o la propia información tributaria²⁶.

En ese sentido, se planea evaluar si es realmente necesario que se utilice la vía penal para la resolución de estos conflictos, y si es que es accesible para la gran cantidad de procesados una defensa previa a una sentencia judicial que logre el estándar de protección de los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, ello bajo la comparación de los modelos alternativos utilizados por los ordenamientos jurídicos cercanos al peruano, que ofrecen salidas distintas a las implementadas en nuestro país. A raíz de ello, se resaltará en la presente investigación, cómo se viene infringiendo el principio de intervención mínima bajo la muestra palpable que casi un 30% de condenas emitidas para el año 2019 derivaron de procesos de Omisión de Asistencia Familiar, activados *per se* en una sentencia civil, esta estadística seguirá aumentando a medida que el populismo punitivo enraizado en este hecho, ha dado lugar a que el proceso penal se active por default.

Es en esa misma línea que se debe tener en cuenta que el fundamento de estas inconsistencias en materia penal no se limitan a la existencia de una base ideológica legislativa populista, la cual modifica los mecanismos existentes en pro de sobrecriminalizar las conductas que causan mayor impacto, sino que ha encontrado eco en la propia Corte Suprema de la República, la cual ha emitido pronunciamientos que, no solo implican una renuncia a su deber fundamental de velar por la aplicación integral del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de toda persona, sino que han establecido criterios jurisprudenciales que cierran las puertas a una solución judicial del conflicto expuesto, tal y como se aprecia en el Recurso de Casación N° 1496-2018 Lima, la cual determina que **no puede asumirse que la capacidad económica configure atipicidad o causal para eximir la responsabilidad**, mencionando que tal situación se discutió previamente en la vía civil en la determinación del *quantum*, siendo en ella donde deben discutirse los cambios sobre el pago de la obligación de alimentos; empero, el supremo tribunal olvida que el incumplimiento de las garantías del proceso penal no pueden justificarse en la existencia de una sentencia en sede civil que determine el pago de una obligación, una que tiene una excepción a la regla de certeza al mencionar que la capacidad económica del alimentante no requiere rigurosidad al

²⁶ Manuel Bermúdez Tapia, “La despenalización de facto del delito de omisión de asistencia familiar en la jurisprudencia,” *Gaceta Civil & Procesal Civil*, no. 122 (2023): 153–164.

determinarse²⁷; por otro lado se tienen pronunciamientos contradictorios en situaciones que, en esencia, no deberían diferenciarse, como se aprecia en el Recurso de Casación N° 2267-2019 Huancavelica, en el cual se reconoce que en los delitos de omisión es necesario considerar la capacidad de cumplir con la obligación alimentaria por parte del demandado, de esa manera la Corte Suprema pone en evidencia que es posible, para casos excepcionales, determinar este elemento del tipo en sede penal, al alegar que existe imposibilidad material de cumplir con el mandato civil por la reclusión del procesado; no obstante, teniendo en cuenta esta decisión jurisprudencial, se debe tener en consideración que un análisis de tipicidad no puede estar condicionado a las características propias de cada procesado, ya que este es “*el proceso de adecuación de los hechos a la descripción legal contenida en la norma*”²⁸, no cabiendo en este las apreciaciones de cada imputado, sino solamente sobre los hechos sobre los cuales se sostiene una imputación.

Desde otra perspectiva, cabe cuestionarse si el Derecho debe admitir la renuncia a sus fines reformadores en aras de solucionar los conflictos a través de la imposición de una pena de cárcel, no cabiendo ninguna duda que la respuesta es un rotundo no, promover penas de cárcel más altas y la actuación de oficio judicial no hacen más que replicar un Derecho Penal puramente de castigo, un modelo que se refuerza con el enfoque que se le da a la criminalidad en los tiempo actuales, lo que Zaffaroni describe como *criminología mediática*²⁹, refiriéndose a la línea informativa que desprenden los principales medios de comunicación.

²⁷ Nakasaki, César. *II Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal y procesal penal*. <https://lpderecho.pe/omision-asistencia-familiar-capacidad-economica-elemento-estructural> [consultado el 05/09/24]

²⁸ Corte Suprema de la República del Perú, *Recurso de Casación N.º 1373-2021*, Huancavelica, resolución emitida el 30 de mayo de 2023, 6.

²⁹ “*Lo cierto es que las personas que todos los días caminan por las calles y toman el ómnibus y el subte junto a nosotros, tienen la visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación, o sea, que se nutren –o padecen– una criminología mediática*” (Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*, 2ª ed. (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2011), 216.

Empero, la crítica a la criminología mediática no busca la eliminación del delito, busca el límite del abuso del poder, siendo que la criminalidad se presenta como una unidad difícil de establecer en sus términos reales debido a que las estadísticas con las que esta suele evaluarse, se centran en las denuncias, lo cual limita en gran medida una evaluación de los casos que se dan en la realidad; sin embargo, la característica especial del delito de omisión de asistencia familiar —en su primera modalidad— de actuar como una remisión del proceso civil al penal por parte del propio juez, cuestionado en la presente investigación, facilita colegir las estadística correspondientes a denuncias con las referentes a sentencias, lo que presenta un escenario que se acerca lo sucedido en la realidad; en ese sentido, se presenta que, en el año 2023 y entre enero a marzo del 2024, se tiene que las denuncias más presentadas fueron:

Delito genérico	Ene - Mar 2023		Ene - Mar 2024		Variación	
	Total	%	Total	%	Absoluta	Porcentual
Total	124 892	100,0	124 951	100,0	59	0,0
Contra el patrimonio	86 329	69,1	89 792	71,9	3 463	4,0
Contra la seguridad pública	14 132	11,3	14 878	11,9	746	5,3
Contra la vida, el cuerpo y la salud	10 383	8,3	4 508	3,6	-5 875	-56,6
Contra la libertad	7 826	6,3	9 042	7,2	1 216	15,5
Contra la administración pública	3 079	2,5	3 533	2,8	454	14,7
Contra la fe pública	1 222	1,0	1 085	0,9	-137	-11,2
Contra la familia	1 073	0,8	1 199	1,0	126	11,7
Contra la voluntad popular	85	0,1	33	0,0	-52	-61,2
Delitos ambientales	104	0,1	124	0,1	20	19,2
Contra el orden financiero y monetario	104	0,1	117	0,1	13	12,5
Contra los derechos intelectuales	67	0,1	146	0,1	79	117,9
Delitos tributarios	64	0,1	118	0,1	54	84,4
Contra la tranquilidad pública	254	0,2	125	0,1	-129	-50,8
Contra la humanidad	58	0,0	120	0,1	62	106,9
Contra el honor	57	0,0	67	0,1	10	17,5
Contra la confianza y la buena fe en los negocios	15	0,0	34	0,0	19	126,7
Contra el patrimonio cultural	17	0,0	19	0,0	2	11,8
Contra el orden económico	17	0,0	7	0,0	-10	-58,8
Contra los poderes del estado y el orden constitucional	1	0,0	2	0,0	1	100,0
Contra el estado y la defensa nacional	5	0,0	2	0,0	-3	-60,0

Fuente: Ministerio del Interior - Sistema de Denuncias Policiales-SIDPOL.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Se debe resaltar que, de las 124,951 denuncias presentadas entre enero y marzo del año 2024, 1,199 resultaron de delitos contra la familia, los cuales son definidos por el propio documento como: “*Contra la familia: atentados contra la patria potestad, omisión de asistencia familiar, matrimonio ilegal y delito contra el estado civil*”³⁰, teniendo en cuenta que los demás delitos tienen una incidencia muy pequeña, **es posible asumir que más del**

³⁰ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), *Estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia: una visión desde los registros administrativos, enero-marzo 2024. Informe Técnico N.º 02 – junio 2024* (Lima: INEI, 2024), 90, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6601150/5738344-estadisticas-de-criminalidad-seguridad-ciudadana-y-violencia-enero-marzo-2024.pdf>

90% de esos 1,199 pertenecen a denuncias sobre omisión de asistencia familiar, lo cual equivaldría aproximadamente al 0.85% de denuncia totales presentadas en el año 2024; sin embargo, si se compara ello con la población penitenciaria actualizada a abril del 2024, encontramos las siguientes estadísticas aportadas por el INPE:

Delitos Específicos	Total	Rangos de Edades (años)									
		18-19	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49	50-54	55-59	60 a más
Total	96,805	774	8,521	16,515	17,075	14,774	12,082	9,302	6,766	4,888	6,108
Robo agravado	22,377	346	3,228	5,654	5,078	3,391	2,080	1,279	729	366	226
Violación sexual de menor de edad	11,503	31	329	934	1,361	1,640	1,639	1,507	1,326	1,004	1,732
Tráfico ilícito de drogas	7,569	43	642	1,202	1,198	1,112	943	809	646	472	502
Robo agravado grado tentativa	5,656	94	1,172	1,636	1,198	701	440	207	115	58	35
Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas	4,719	21	326	862	818	754	596	483	351	253	255
Violación sexual	3,898	15	146	389	475	542	560	486	417	348	520
Tráfico ilícito de drogas - formas agravadas	3,329	8	153	426	545	540	481	411	296	249	220
Homicidio calificado - asesinato	3,262	17	224	454	547	533	502	375	238	164	208
Actos contra el pudor en menores de 14 años	2,819	1	24	131	244	366	437	407	351	288	570
Hurto agravado	2,507	16	220	549	513	424	335	197	114	84	55
Tenencia ilegal de armas	1,865	11	176	393	422	316	244	130	87	57	29
Incumplimiento de la obligación alimentaria	1,637	0	13	124	261	370	341	244	151	79	54

Fuente: Unidades de Registro Penitenciario

Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

Se debe señalar que, del gráfico presentado³¹, se tiene que, a abril del 2024, se tenía una población penitenciaria de **96,805 internos, de los cuales 1,637 de ellos pertenecían a incumplimiento de obligación alimentaria** (omisión de asistencia familiar), lo cual corresponde aproximadamente a un 1.7% del total de internos. En ese sentido, podemos concluir que existe una mayor proporción de ciudadanos en prisión por omisión de asistencia familiar, que denunciados por el mismo delito, lo cual demuestra un comportamiento completamente distinto al que podemos encontrar en los delitos contra el patrimonio —preeminentemente robo y hurto, incluyendo sus versiones agravadas—, donde se aprecian muchas más denuncias que internos por tales delitos; de ello se colige que la mayoría de la condenas efectivas por omisión de asistencia familiar se dan de la remisión de los procesos por un proceso civil, más que por una acción de denuncia ante la Policía, ante lo cual debe tenerse en cuenta que el delito de omisión de asistencia familiar principalmente se da de forma suspendida por el quantum de la pena, no obstante, al fijarse el pago de lo adeudado como condición para la suspensión de la pena, muchas de ellas se transforman en efectiva; no

³¹ Instituto Nacional Penitenciario (INPE), *Informe estadístico abril 2024* (Lima: INPE, 2024), 23, https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2024/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_abril_2024.pdf

obstante, también se puede inferir que la condenas (incluyendo las suspendidas) pertenecientes al citado delito son mucho mayores a la cantidad de internos, evidenciando que los procesos suelen condenarse por la remisión de copias desde sede civil a penal, sin intervención directa de la parte agraviada; es así que, la presente investigación busca abordar la problemática expuesta en aras de determinar que la realidad estadística no se siga expandiendo hasta generar daños irreversibles.

6. Hipótesis

a. Hipótesis General:

La activación unilateral de la primera modalidad de Omisión de Asistencia Familiar infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

b. Hipótesis Específicas:

- Las modificaciones relacionadas al delito de Omisión de Asistencia Familiar responden al populismo punitivo.
- La imposibilidad de realizar una revisión en sede penal de los actuados en sede civil impide que se desarrolle correctamente el proceso penal, conllevando a una inevitable vulneración de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO 2: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Tipo de investigación

La presente investigación se presente como una de tipo teórica, debido a que la misma busca aportar al conocimiento jurídico-dogmático en torno a los límites del Ius Puniendi estatal, determinando *a priori* las bases metodológicas relacionadas a la extensión de este en un contexto de interpretación normativa y de estudio del estado de los principios que sustentan la existencia de estos propios límites.

A su vez, debe resaltarse que el aspecto jurídico-dogmático se centra en el estudio del “*deber ser*” respecto a la aplicación del delito de omisión de asistencia familiar en su primera modalidad tipificada en el Código Penal vigente, y como esta puede afectar la propia esencia del límite impuesto por la característica fundante de la *ultima ratio* del Derecho Penal.

2. Enfoque de la investigación

El presente estudio se realiza desde un enfoque cualitativo, debido a que el mismo se centrará en la revisión y posterior análisis de las propias fuentes del Derecho, desde una perspectiva centrada en su profundidad y contenido, no limitándose a una cuantificación de las mismas, sino en la construcción de conceptos propios relacionados a la investigación.

Es así que el presente enfoque permite evitar incurrir en los posibles errores presentes en las corrientes mayoritarias y/o actuales referentes a la legislación e interpretación hiperpunitivista del Derecho Penal, la misma que aporta a una instrumentalización de este a favor de la desnaturalización del propio sistema al incluir un sistema de remisión de la justicia civil a la penal que a su vez, por sus propias características, impide una supervisión exhaustiva del cumplimiento de los principios penales básicos.

3. Diseño de investigación

El diseño utilizado en la investigación es no experimental y transversal, a su vez utilizando el análisis documental y jurisprudencial a fin de obtener los resultados que se presentarán tras el desarrollo analítico propio producto de la investigación.

En ese sentido, no se realizará la manipulación de variables debido a que el diseño a utilizar prefiere la observación de la realidad problemática en su aspecto jurídico a través de la propia legislación presente en el Código Penal y la normativa alrededor de la concretización del proceso por omisión de asistencia familiar en su primera modalidad; a su vez, se analizará la interpretación judicial de las más altas cortes en el país a fin de realizar un contraste entre su desarrollo directo de la temática con el desarrollo individual de los principios generales del Derecho Penal y su impacto en la interpretación de la norma penal.

Se enlaza el enfoque de la investigación con el diseño de la misma en la necesidad de cuestionar la realidad nacional referente a la preeminencia del delito de omisión de asistencia familiar (casi en su totalidad referente a la primera modalidad de incumplimiento de la obligación alimentaria) en la carga procesal penal, en contraste con la conducta típica del ilícito penal y la limitada justificación de su penalización, no considerándose idóneo un diseño experimental que sea pasible de un sesgo extrajurídico en línea con el sistema actual.

4. Métodos de investigación

La presente tesis se desarrollará utilizando los siguientes métodos a fin de abordar las diferentes secciones de la investigación:

- **Método Exegético:** A fin de realizar una construcción textual del artículo 149° del Código Penal, referente al delito de omisión de asistencia familiar, específicamente en su primera modalidad, ello con la intención de determinar el alcance de los elementos típicos, tanto objetivos como subjetivos, y con ello plasmar la realidad actual de este.
- **Método Dogmático-Jurídico:** Para ejecutar un correcto estudio de los límites de la punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano, a través de la utilización de la normativa vigente y sus elementos, las cuales en su conjunto deben ser vistas como un constructo que posee coherencia en sí misma y entre sus partes.
- **Método Hermenéutico-Jurídico:** Como método principal utilizando en la construcción del análisis de la realidad problemática y de la formación de las conclusiones de la investigación, dirigido a tomar en cuenta la realidad cultural que rodea el ámbito de aplicación práctica de la normativa misma, tomando en cuenta elementos no limitados a una visión positiva del Derecho.

5. Técnicas e Instrumentos de recolección de la información

Se utilizará el análisis documental como medio predominante en la recolección de información que será utilizada en la presente investigación, la misma que se elige en concordancia con el diseño cualitativo de la tesis, ello en mérito a la necesidad de tomar en cuenta que se está cuestionando el propio sistema penal vigente en el Perú.

Respecto a los instrumentos a utilizar, se presentarán fichas de análisis de los antecedentes de la investigación como soporte documental de los mismos; a su vez, se presentan cuadros de sistematización de la modificación de la temática a abordar.

CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES

1. Antecedentes Nacionales

a. El aporte de Baldino (2022)

En su artículo de revista digital donde desarrolla los elementos del tipo objetivo del delito de Omisión de Asistencia Familiar, incluyendo en éstos la determinación del bien jurídico protegido, la definición del delito como uno de peligro por la Corte Suprema, y los presupuestos con configuran su desarrollo, tales como el vínculo de parentesco, la capacidad

de pago del procesado y la capacidad del alimentista de sostenerse a sí mismo; a su vez, concluye que existen elementos que deben ser evaluados en sede penal, como el vínculo real de parentesco.

Cabe señalar que, aunque no se hace mención directa al principio de mínima intervención, existe un aporte indirecto a la investigación al evaluar el bien jurídico que se lesionaría en este tipo, concluyendo que un tipo puro de remisión no podría sostener la punibilidad de la omisión misma.

b. La aproximación de Espinoza (2018)

En su tesis para optar el Título Profesional de Abogado, desarrolla la problemática existente en la remisión del proceso civil a fin de sancionarse en un proceso penal, evaluado desde la perspectiva de la afectación al derecho a la prueba, ya que se plantea que no se permite que la parte investigada pruebe su incapacidad de pagar la obligación civil. En ese sentido, propone que se evalúe el delito desde la omisión de justificar la incapacidad y no el simple incumplimiento de la obligación.

Aunque la citada tesis proponga una modificación mínima al tipo y no su derogación como propondrá esta investigación, aporta con sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de que no se le exija al Ministerio Público que pruebe la capacidad de pago de los procesados bajo el argumento de que ello debe ser evaluado en sede civil, probando que la problemática gira en torno a la remisión automática de la sentencia civil a la vía penal.

c. El aporte de Velasquez (2021)

En su tesis para optar el grado de Abogado, tiene como principal objetivo encontrar la relación entre los elementos objetivos del principio de oportunidad al aplicarse sobre un caso de omisión de asistencia familiar, para lo cual realiza un trabajo de investigación sobre 73 carpetas fiscales donde se aplicó tal mecanismo, logrando que en el 100% de los casos se pague la obligación, siendo que en solo el 80% de ellas se hizo de forma inmediata; de la misma forma, desarrolla la idea de que solucionar el conflicto en la etapa judicial genera una dilación del proceso innecesaria.

El aporte indirecto de la tesis se encuentra en la visión que muestra sobre la aplicación de instrumentos penales sobre un conflicto de naturaleza civil, el cual genera oportunidades para que los investigados dilaten el proceso hasta la etapa judicial para realizar el pago, lo cual pudo haberse solucionado en instancias civiles, demostrando que el tipo penal no aporta

un solución real al problema, sino que se configura como una acción de fuerza en favor de obtener un pago que pudo haberse realizado en la etapa civil.

d. El estudio de Vinelli & Sifuentes (2019)

En su artículo de revista, tiene como objetivo presentar la necesidad de que se evalúe la capacidad económica como elemento objetivo en la tipicidad de la omisión de asistencia familiar, ya que los autores consideran que, al ser ese delito uno de incumplimiento de una sentencia civil, se debe tener en cuenta que tal sentencia utiliza de base al artículo 481° del Código Civil, el cual establece que para fijar los alimentos debe tenerse en cuenta la capacidad de pago del obligado.

El aporte presentado por el artículo presentado existe en la posición de los autores de presentar al delito de omisión de asistencia familiar como uno similar al de desobediencia a la autoridad, considerando que lo más relevante del tipo es la negativa a cumplir un mandato directo sobre un deber en el procesado, lo cual soporta indirectamente la hipótesis de la presente investigación, respecto a que el tipo penal se configura sin que exista una ejecución de sentencia en sede civil, sino que se suele abordar como el desacato de un mandato.

2. Antecedentes Internacionales

a. La propuesta de Castro (2020)

El mismo que en un artículo de revista presenta al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar como un delito de mero incumplimiento en el ordenamiento argentino, considerando que es en la tipicidad subjetiva donde debe evaluarse el dolo del autor al sustraerse de su obligación, resaltando que es una problemática vigente que no se haya establecido el periodo de tiempo que debe esperarse para presenta la denuncia. Así, el aporte del artículo internacional se basa en la comparación del Derecho Argentino y el Derecho Peruano respecto al centro de la presente investigación, la remisión automática de la denuncia civil a sede penal, tomando en cuenta que el ordenamiento jurídico deja a libertad de la parte agraviada la presentación de la denuncia.

b. La aproximación de Sánchez (2012)

En su tesis previa a optar el grado de Abogado, desarrolla la posición ecuatoriana del incumplimiento de la obligación alimenticia, desarrollando los conceptos civiles que justifican la obligación, las cuales demostrarían que la mera obligación civil no puede transformarse en un deber cuyo incumplimiento deba sancionarse con pena de cárcel, sino

que debe abordarse desde las afectaciones reales al procesado; además, señala que el encarcelamiento por este delito configuraría una violación a los derechos fundamentales de la persona, ya que existen métodos de apremio real cuya menor afectación posee un grado mayor de aseguramiento del pago ulterior.

Siendo esta tesis un aporte directo a la investigación, presenta la problemática ecuatoriana de que el incumplimiento de la obligación alimenticia, al igual que en Perú, sea considerada una excepción a la prohibición de la prisión por deudas, lo cual se fundamenta en que los derechos fundamentales no pueden presentar excepciones sobre su aplicación, además de que esta medida posee alternativas como los apremios reales y las limitaciones migratorias que resultan menos gravosas pero más efectivas. Por otro lado, desarrolla la obligación alimentaria como un deber fundamental de los padres que no debe extenderse a familiares lejanos con los mismos grados de apremio, donde el estado actúa con la amenaza de apremios personales si se incumple.

c. La visión de Castro (2018)

En su trabajo final de graduación, desarrolla la posición costarricense, señalando que la utilización de un “*apremio corporal*” en Costa Rica en los casos de incumplimiento de deuda alimentaria es solo una técnica legislativa para no vulnerar la prohibición de la prisión por deudas, ya que considera no existe diferencia entre esta medida y la prisión por comisión de un delito; por otro lado, asegura que la imposición de una medida de apremio personal para los casos de una omisión de pagar una deuda alimentaria no aporta realmente al objetivo de que esta se pague, ya que el apremio personal imposibilita que la persona trabaje y hasta se defienda con un abogado de oficio, lo cual convierte a este delito en una sanción más que una medida que busque evitar las deudas alimentarias.

Es así que, el aporte de la citada tesis se da en el marco de que se desarrollan cuestionamientos a la imposición de prisión para un caso tan particular como el incumplimiento de deudas alimentarias, ya que la medida de limitación de la libertad —sea como se denomine en cada país—, imposibilita que el procesado cumpla con su obligación, lo cual a su vez le hace imposible salir de prisión, tal y como sucede en el Perú al crearse la figura de la remisión automática de la pena con el pago de la deuda y la indemnización.

d. La posición de Peñaranda (2000)

En la ponencia transcrita a un artículo de revista digital, se enfoca en dilucidar las distintas iteraciones del funcionalismo en la historia y cómo estas se centran a los fines sociales, englobando entonces a Jakobs y a Roxin. Detalla que Jakobs enfoca al funcionalismo como que la pena se presenta como la consecuencias que se deben aceptar al infringir una norma, además de existir para mantener la misma vigencia de las normas, por lo que esta se entrelaza con la prevención general; mientras que el funcionalismo de Roxin y sus seguidores, se enfoca en un funcionalismo individualista donde la pena se presenta como una disuasión a los ciudadanos de querer infringir la norma, además de ser un punto de consideración para evitar ejecutar alguna intención directiva, sin ser una amenaza en sí misma. El aporte de la ponencia señalada se basa en que esta desarrolla los conceptos funcionalistas que, como expone, abarcan casi todos los espectros del Derecho, detallando diferentes fines de la pena que justifican la emisión de normas jurídico-penales que, dependiendo de esta línea doctrinaria, pueden basarse en distintos objetivos con los que se emiten.

e. El aporte de Pérez (2021)

En el estudio de la teoría del delito, expone brevemente el desarrollo histórico de la teoría general del delito, definiéndose como el instrumento para fijar las características de una conducta prohibida, señalando a su vez que la primera gran teoría fue el causalismo naturalista de Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, basados en la modificación del mundo exterior, pasando por el finalismo de Welzel que establece al delito como la finalidad de la voluntad de una persona, concluyendo que ambas teorías han sido las más resaltantes en el desarrollo jurídico.

Es así que, teniendo en cuenta que la presente investigación se basa en el cuestionamiento a la razón de que se penalice una conducta sin relevancia penal, debe analizarse que esta relevancia fluye de las teorías del delito que han ido evolucionando con el tiempo.

Así, es posible determinar que el campo investigado no presenta grandes antecedentes sobre el tema específico de investigación, no obstante, el enfoque de los presentados se dirige hacia las características relacionadas a la aplicación del tipo penal de omisión de asistencia familiar, lo que denota que existe una aceptación fáctica de la validez misma del tipo; es así que, no existe una posición directa sobre el impacto sobre el principio de intervención mínima

con la propia existencia del delito, lo que con llevaría a un análisis previo no tomado en cuenta por la existente posición académica recogida.

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO

1. Teoría General del Delito

Alrededor del paso tiempo, el Derecho Penal se desplegó como una oportunidad de explorar los diversos escenarios que podían concurrir en cada uno de los casos posibles, no obstante, la existencia de múltiples enfoque sobre la aproximación que se le debía dar al análisis del Derecho dificultó la creación de una teoría general; en ese sentido, la teoría general del delito no refiere a una teoría totalizadora, sino es el resumen de un común acuerdo doctrinario, aceptado a nivel jurisprudencial y legal tras su extenso desarrollo sobre las circunstancias por las que debe evaluarse una conducta humana para considerarse un delito sancionable, y cada una de las circunstancias que pueden modificar las consecuencias de aquellos actos.

De esa manera, es posible diferenciar que, más allá de disidencias puntuales en toda posición doctrinaria, una de las mayores discusiones a la que se enfrenta la creación de una teoría general se corresponde con la existencia de la discordia entre el concepto de conducta humana *voluntaria*, ya que, especialmente entre el finalismo y el causalismo, es posible encontrar que el concepto de voluntad tiene un trasfondo de resolución criminal, mientras que la segunda presenta a la voluntad como un aspecto físico sobre las acciones desplegadas, no existiendo necesariamente una relación entre el accionar físico con la intencionalidad de causar un perjuicio; es así que, “*en tanto que para el finalismo el dolo abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, para el causalismo comprende el conocimiento del tipo (que para ellos es objetivo), aunque también abarca el de los elementos subjetivos cuando se dan, y de la antijuridicidad, o sea, de la contradicción efectiva de la conducta con el orden jurídico*”³², es así que el causalismo existe una diferencia entre la voluntad de los entes —en este caso el ser humano—, con la voluntad existente para el análisis penal del Derecho, mientras que el finalismo encuentra una coincidencia de la voluntad jurídica con la resolución de accionar humana.

No obstante, más allá de la doctrina que se siga en el caso de la voluntad, la teoría general del delito desarrolla los aspectos del *iter criminis*³³, desde el análisis típico, tanto a nivel objetivo como subjetivo, la antijuridicidad y la culpabilidad, además de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, el concurso de leyes y delitos, y aspectos

³² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito,” *Nuevo Foro Penal* 12, no. 16 (2017): 979–994, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521>

³³ Del latín para “camino del delito”

como el error en el tipo y en la prohibición; es así que, corresponde señalar que la revisión de la teoría general del delito se presentar como una circunstancia *sine qua nom* para la comprensión del Derecho Penal.

Por otro lado, podemos distinguir que las aproximaciones a la exégesis sobre el delito *per se*, se han expresado fundamentalmente a través de dos teorías que son tanto complementarias como antagónicas, las que abordan los alcances y las estructuras del delito desde sus consecuencias al exterior, como lo hace el funcionalismo, y las que abordan el tema desde el autor, como el finalismo:

1.1. Teoría finalista del delito

Teniendo como mayor exponente a Hans Welzel, esta se forjó en reacción a las teorías neoclásicas del causalismo penal, reformando la estructura de la tipicidad puramente causal a un esquema que tomaba en cuenta el dolo como elemento necesario para definir la responsabilidad penal, no obstante, debe tenerse en cuenta que la teoría de Welzel no se limitó a desarrollar lo que hoy conocemos como tipicidad subjetiva, sino que amplió sus conceptos a la antijuridicidad y la culpabilidad; a su vez, desarrolla que el autor, desde su dolo personal, desarrolla todos los actos que planea desplegar en su intención de cometer un ilícito, por lo que, en los casos donde fuera posible imputarle a múltiples personas una acción, el causalismo respondería imputándoles el *dolus malus* a todos, debido a que este se consideraba un elemento del tipo, no obstante, el finalismo solo lo haría sobre el que ha tenido efectivamente la intención de cometer el ilícito y lesionar un bien jurídico protegido. Cabe señalar que Welzel invierte la estructura clásica y neoclásica del dolo cuando expone que: “El “dolo” no es un reflejo secundario de la acción exterior, sino el factor que la anticipa mentalmente, que sobredetermina finalistamente el acontecer de la acción, y que no puede, por tanto, ser separado, porque pertenece a él como factor creador”³⁴, por lo que se entiende que el Derecho no busca simplemente establecer un nexo causal, sino que debe tener en cuenta la **finalidad** de las acciones del autor en aras de definir su responsabilidad.

Por otro lado, el finalismo desarrolló los conceptos de error de tipo y de error de prohibición en los términos que se desarrollan en la actualidad de la legislación peruana, tomando en cuenta la intensidad del error y si era posible vencerlo o no, para

³⁴ Hans Welzel, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires: Editorial Roque DePalma, 1956).

considerarlos, en ese momento, como una exclusión de la antijuridicidad, la cual Welzel definía como: *“el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social”*³⁵. Empero, la teoría finalista de Welzel no encontraba respuesta a los delitos de omisión ni a los delitos culposos, donde resaltan las influencias de Kauffman y de Bacigalupo respectivamente, los cuales perfeccionan la citada teoría en tales aspectos.

1.2. Teoría funcionalista del delito

Posteriormente, tras el inicio del conflicto entre causalismo y finalismo, surgiría una nueva teoría que desarrollaría un nuevo enfoque sobre otro elemento de la teoría general del delito, la culpabilidad; se debe resaltar que esta teoría fue desarrollada inicialmente bajo la denominación de la “teoría de la acción social”, con exponentes como Jescheck y Wessels, no obstante, no alcanzaría una repercusión tan grande y un desarrollo tan consolidado hasta la publicación de “Política criminal y sistema del Derecho Penal” de Claus Roxin, donde expone claramente que la teoría clásica y la finalista se enfocan en una justificación del delito en el “ser”³⁶, mientras que su teoría que denomina “construcción sistemática funcional”, se basa en dos aspectos del delito, que el injusto se justifica en los principios ya establecidos del Derecho Penal, mientras que la culpabilidad se basa en la finalidad de la pena, en el sentido de su enfoque bajo la política criminal vigente; es así que Schunemann describe en esta etapa de Roxin el haber logrado: *“la elaboración de la doctrina del delito, por lo cual las categorías delictivas particulares de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad deben ser desde un principio contempladas, sistematizadas y desarrolladas desde la perspectiva de su función político-criminal”*³⁷, lo cual conlleva que la culpabilidad incorpore las finalidades preventivas de la política criminal.

Por otro lado, el funcionalismo no se limitó a la visión de Roxin, ya que las bases de esa abrieron la posibilidad a que esta teoría se desarrolle de distintas maneras dependiendo de la política criminal que se asumiera, es así que Jakobs desarrolló el funcionalismo desde una óptica más rígida, entendiendo al delito como el rompimiento

³⁵ Ibidem

³⁶ Bajo los conceptos kantianos el ser y deber ser, refiere a que el causalismo tiene como base a la causalidad pura, mientras el finalismo se basa en la “conducción de la acción”.

³⁷ Bernd Schünemann, “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal,” conferencia en la Universidad Complutense de Madrid, 10 de abril de 1991 (Múnich: Universidad de Múnich), 703.

de la vigencia de una norma, y a la pena como la medida que restablece tal vigencia, normas que no se basan en una tipicidad directa, sino que tienen en cuenta el contexto de una situación, aspecto donde la política criminal debe tener en cuenta las conductas socialmente reprobadas; es en ese contexto que Jakobs desarrolla “El Derecho Penal del enemigo”, ya que su teoría no se basa en la protección de bienes jurídicos, sino en el restablecimiento de la vigencia de una norma, lo que justifica que algunas personas sean “enemigos de la sociedad” y no deban de ser tratadas con iguales derechos a otras.

2. Derecho de igualdad ante la ley

Actualmente reconocido en todos los tratados internacionales que abordan los derechos fundamentales de las personas, este se ha constituido como un principio básico, tanto independientemente como parte del derecho al debido proceso (en su vertiente procesal), cabe señalar que este refiere a la característica intrínseca de las normas de no hacer distinciones entre el tratamiento que se le da a las personas respecto a las disposiciones legales que se desprenden del texto constitucional; es así que debe tenerse en cuenta que este derecho se complementa con el *derecho de la igualdad en la ley*, el que busca un tratamiento equitativo de las normas hacia todos los ciudadanos, por lo que entonces no necesariamente existirá un tratamiento uniforme de las normas, pero se protege que, en situaciones y condiciones iguales, todos deben ser tratados de la misma manera.

A su vez, debe señalarse que este derecho proviene de la declaración de independencia de Estados Unidos en 1776, la cual indica: “*Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales*”³⁸, y en la Revolución Francesa de 1789, siendo que en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del mismo año, su artículo primero establece: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*”³⁹; en ese sentido, la idea de la igualdad ante la ley fue estableciéndose como una de las bases del constitucionalismo temprano, siendo que, hasta la primera parte del siglo XX se “*conectaba el principio de generalidad de la ley y el principio de igualdad, prohibiendo toda forma de diferenciación, generando como consecuencia jurídica la igualdad de todos en el ejercicio*

³⁸ “La Declaración unánime de los trece Estados Unidos de América,” Universitat de València, 4 de julio de 1776, consultado el 20 de enero de 2026, <https://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVIII/Declaracion.html>.

³⁹ “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” *Conseil Constitutionnel*, 1789, consultado el 20 de enero de 2026, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

de los derechos individuales”⁴⁰; no obstante, como se indicó anteriormente, las nuevas corrientes del constitucionalismo contemporáneo actuales han dividido este principio, por lo que se desprende de esta la igualdad *en la ley*, que permite la diferenciación para casos distintos, liberando la rigidez que caracterizaba a este derecho en sus inicios.

En sus variantes más aceptadas, se encuentra al derecho de igualdad ante la ley como medio de protección ante las diferenciaciones arbitrarias bajo marcos de discriminación, una visión que refleja las graves deficiencias que presentaron los sistemas jurídicos por miles de años, la separación de grupos humanos dependiendo de la aceptación de estos por las sociedades, razón que enerva discusiones hasta la actualidad sobre el límite entre la fuerza normativa que puede adquirir el adoptar lo socialmente reconocido como aceptable, y hasta qué punto el Estado puede imponer medidas de tolerancia a los que considera grupos discriminados; por el otro lado, se presenta el hecho de que en un mundo real, no es posible que este derecho se entienda como un absoluto, y no solo referido a los casos descritos como de *igualdad en la ley*, sino los que acontecen dentro de un mismo estado, con personas de igual característica, pero con condiciones legales distintas, tales como “*el condicionamiento de ser nacional de un Estado para poder ejercer ciertos derechos políticos como el derecho a votar y a ser votado, o las salvedades permitidas respecto de la libertad de movimiento dentro de un Estado*”⁴¹, por lo que debe evaluarse que este derecho es uno limitado ampliamente por los exámenes individuales de ponderación de derechos, normalmente en conflicto con los principios básicos de organización del estado, tales como lo son la seguridad nacional o el propio orden social.

3. Derecho Penal como *ultima ratio*

Los principios básicos del Derecho Penal se encuentran ligados indefectiblemente al movimiento de la ilustración en el siglo XVIII, al espíritu garantista que este trajo consigo y la transformación de los objetivos que el Derecho debía tener en sus bases fundamentales; bajo esa premisa, debe entenderse que el Derecho Penal se concibió inicialmente como una forma de control sobre la sociedad que utilizaba la amenaza de un castigo sobre las conductas

⁴⁰ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas,” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10 (2006): 806, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf>.

⁴¹ Dorothy Estrada Tanck, “El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional,” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, no. 1 (2019): 331.

indeseadas, sin embargo, la Revolución Francesa en 1789 y los eventos que la sucedieron, redujeron el ámbito de aplicación del Derecho Penal a una herramienta estatal que sólo debía activarse en los casos donde no cupiera un accionar distinto por parte del Estado, donde ya se habían agotado previamente las vías alternativas o en los casos donde estas vías no existieran por las propias características del hecho que se juzgaba; de esa forma, se impuso un principio —en el caso peruano, reconocido jurisprudencialmente en sentencias como el Recurso de Nulidad N° 3004-2012, Cajamarca⁴²— que limita el *ius puniendi* estatal en beneficio de un Derecho Penal garantista que busque la prevención y la reforma del infractor.

En un desarrollo más extenso de este principio, existen múltiples aproximaciones a la base de este bajo un contexto constitucional, por lo cual corresponde desarrollar los enfoques más relevantes a la presente investigación; de esa forma, corresponde señalar que uno de estos enfoques se centra en la aplicación del examen de proporcionalidad en la propia aplicación del Derecho Penal sobre un hecho en específico, en ese sentido, debe valorarse en cada caso si se cumplen los requisitos a evaluar previamente a disponer la actuación del Derecho Penal como vía idónea de solución del conflicto, en base a que *“if we – in the wake of early modern moral and political philosophy – assign the idea of a general right to freedom and self determination a constitutional status, criminalization per se restricts this right. So why should criminal law be a safe haven from proportionality test?”*⁴³, un punto a tener en cuenta al considerar que el propio Tribunal Constitucional Peruano ha adoptado la utilización de los tests de proporcionalidad para justificar los conflictos de derechos y/o restricciones de estos en los casos individuales, resaltando que cada caso concreto debe tratarse individualmente según sus características.

Por otro lado, este principio se asocia a las limitaciones del estado en su llamado *ius puniendi*, desde la perspectiva de la legitimidad de este para imponer los castigos sobre sus ciudadanos como una facultad limitada por el propio contrato social que creó al Estado; se

⁴² “Que, existe consenso que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad un momento determinado”. Corte Suprema de la República del Perú, Recurso de Nulidad N.º 3004-2012, Cajamarca, resolución emitida el 13 de febrero de 2014.

⁴³ [Si le atribuimos un status constitucional a la libertad personal y la libre determinación —en el marco de la moral moderna y la política filosófica—, la criminalización restringe estos derechos *per se*. Entonces, ¿por qué debería excluirse al Derecho Penal de los tests de proporcionalidad?]. Kaarlo Tuori, “Ultima Ratio as a Constitutional Principle,” *Oñati Socio-legal Series* 3, no. 1 (2013): 10, <http://ssrn.com/abstract=2200869>.

debe señalar que esta aproximación fue presentada por primera vez por parte del Marqués de Beccaria en su tan conocido libro *De los delitos y las penas* del año 1764, en este desarrolla que el poder del Estado se desprende de la propia sociedad que le cede esa facultad, sin embargo, resalta que: “*Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho*”⁴⁴, pudiendo desprenderse de tal cita que la posición de Beccaria se centra en la observación de los límites que se le asignan al estado en sus poderes como órgano de control, los cuales son establecidos por la propia sociedad desde que crea al Estado, por lo que, entonces, la mínima intervención del Derecho Penal se desprende como un factor inseparable de la propia facultad de castigar, ya que la sociedad misma no cede su libertad voluntariamente, sino que lo hace por necesidad, pero ello sólo se justifica hasta al punto en el que la sociedad considera que es el control otorgado al Estado un mal menor que el que ocurriría si permitiese que no existiera castigo sobre los injustos penales; podemos concluir entonces que esta posición presenta a la mínima intervención como una medida variable a cada uno de los estadios de una sociedad, no pudiendo establecerse un punto general y aplicable a toda sociedad en la que se llegue a ese desbalance entre control legítimo y abuso del poder estatal.

En esa misma línea, corresponde indicar que esta característica del Derecho Penal se extiende a la imposición de alternativas preventivas y disuasivas, ello con el objetivo de prevenir la activación del proceso penal como parte de la característica de *ultima ratio* de este mismo; es así como se debe traer a colación lo señalado por Bermúdez Tapia⁴⁵ respecto a la ausencia de ponderación de valores en el sistema penal peruano, quien acertadamente utiliza el caso de la omisión de asistencia familiar como un ejemplo de la degradación del proceso penal hacia uno de mera “cobranza”, en perjuicio de la imposición de políticas penales que genuinamente busquen desarrollar una correcta utilización de la *ius puniendi* estatal en el ámbito penal, sumado a la exclusión de la realidad social en la propia legislación penal que es así la cuna de tales reformas.

⁴⁴ Cesaré Beccaria, *Tratado de los Delitos y las Penas*, 20.

⁴⁵ Manuel Bermúdez Tapia, "La evaluación del *ius puniendi* en el Estado", *Actualidad Penal*, n.º 70 (2020): 69-71.

4. El Código Penal y el principio de intervención mínima

El desarrollo de la legislación peruana respecto a los principios rectores del Derecho Penal ha ido mutando con el tiempo hacia un modelo de tendencia garantista, siguiendo los modelos de un control del poder punitivo; en ese sentido, se debe señalar que el Código Penal de 1863, el primero código penal peruano, más allá de consistir en una adaptación bastante fiel a su contraparte española, solo desarrolló principios generales sobre la aplicación del Derecho Penal, así, en su artículo 26° prohibía la aplicación retroactiva de la ley a menos que favoreciera al reo, en su artículo 31° desarrolló el *in dubio pro reo*, mientras que en los artículos 32°, 33° y 34° desarrollaban la aplicación escalonada de la pena⁴⁶, limitando la arbitrariedad de la aplicación de esta por parte del juez.

Por otro lado, el Código Penal de 1924 incluyó garantías penales —que es como se hicieron llamar en tal código, sin un título preliminar— ubicadas en el Título I, las cuales estaban compuestas por los tres primeros artículos, siendo el primero: “*La privación o la restricción de derechos, a título de pena, sólo podrán ser impuestas en virtud de una condenación*”, el artículo 2: “*Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada*”, y el tercero: “*Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles*”⁴⁷; es así cómo es posible identificar al primer artículo como el principio de culpabilidad, mientras los otros dos se incluyen en el actual principio de legalidad, sin embargo, no hay rastro de la mínima intervención del Derecho Penal.

No es hasta la emisión del presente código, publicado el 08 de abril de 1991, que se incluyó el primer artículo del Título Preliminar, llamado “Finalidad Preventiva”, con el texto siguiente: “*Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad*”, por lo que debe tenerse en cuenta que se fijó como apertura del código, como principal principio a definir que la aplicación del Código penal debe fijarse en pro de proteger a la persona humana y la sociedad, por lo que el

⁴⁶ Emilia Iñesta Pastor, *La reforma penal del Perú independiente: El Código Penal de 1863* (Córdoba: Universidad de Córdoba, 2005), 1079, <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>

⁴⁷ Extraído de: <https://es.scribd.com/document/557298344/Codigo-Penal-1924>

desarrollo de los principios garantistas debieron ubicarse entre el balance de la persona individual y la sociedad, lo cual fue desarrollado jurisprudencialmente; es así que la Sentencia N° 00012-2006/PI-TC estableció que “*Cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida. En efecto, el Derecho Penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves*”⁴⁸, lo cual fue adoptado por la Corte Suprema de la República, la cual definió en el Recurso de Nulidad N° 3004-2012, Cajamarca, que el principio de mínima intervención exige que el Derecho Penal solo sea utilizado una vez todo otro recurso haya fallado, por lo que **carece de sentido** aplicar el Derecho Penal cuando existan vías alternativas de solución del conflicto satisfactoriamente.

En conclusión, el concepto de mínima intervención, ultima ratio y de subsidiariedad del Derecho Penal son conceptos nuevos para la legislación peruana, habiendo tenido un desarrollo mucho más extenso en la jurisprudencia constitucional y penal de las más altas cortes, empero, han cimentado las bases de la aplicación del Derecho Penal actual y deben ser tomadas en cuenta por todos los actores de la misma.

5. Populismo Punitivo

En el marco del desarrollo jurídico propio de determinar la faceta material del Derecho, debe diferenciarse las características formales de este, las que se encuentran desarrolladas en todos los textos legales del ordenamiento jurídico propio de cada uno de los diferentes países del mundo, siendo que no es posible limitar la visión propia de los textos formales a la realidad independiente a estos; es allí donde las mayores contradicciones sociales se encuentran, donde la política prepondera y las grandes corrientes socioculturales transforman la visión más mundana del ciudadano alejado del Derecho, nos encontramos entonces en una posición antagónica al *deber ser* kelseniano, una realidad donde no priman las máximas lógicas, sino una realidad donde prevalecen los ideales y convergen las más grandes deficiencias de las sociedades actuales.

⁴⁸ Véase <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

No es posible ignorar en ese contexto a los políticos que, aun con el paso inexorable del tiempo, siguen las máximas expuestas por Maquiavelo en el siglo XVI, de entre las cuales corresponde resaltar la que dice: “*El que llegue a príncipe mediante el favor del pueblo debe esforzarse en conservar su afecto, cosa fácil, pues el pueblo solo pide no ser oprimido*”⁴⁹. No hay mayor duda que los que buscan el poder —en la actualidad bajo la apariencia del uso de los procedimientos democráticos—, específicamente el poder derivado del Estado, buscan a toda costa *ganar el afecto* del pueblo a través de propuestas políticas que sigan los más grandes deseos de las grandes mayorías, a través de medidas que no pueden llamarse de otra manera más que populistas; he ahí la base de lo que se ha denominado como populismo punitivo, la expresión formal de las medidas populistas provenientes de un contexto político que busca aumentar su poder de control sobre la sociedad.

Desde una perspectiva simplista, el populismo punitivo es una estrategia política que busca utilizar al Derecho Penal como instrumento para obtener apoyo popular, sea para acceder al poder o mantenerse en este, sin tomar en cuenta que el mundo del Derecho posee una dimensión formal que abarca su estructura más básica de ente organizador del Estado, dejando de lado sus principios más básicos y fundamentales en favor de aspiraciones personales; cabe resaltar que el populismo punitivo no se limita a una posición ideológica, sino que se extiende sobre todo el espectro político, trascendiendo los objetivos propios del Derecho como medio de control social frente a “*comportamientos sociales que se reputan indeseables*”⁵⁰, llegando a imponer medidas autoritarias que retroceden en las garantías constitucionales del vigente Estado Constitucional de Derecho, e incurren en antinomias de carácter formal que no pueden ser solucionadas a priori por el carácter autoritario del que provienen.

Desde otra perspectiva, corresponde señalar que el populismo punitivo se expresa a través de la introducción de nuevos tipos penales, la agravación de los tipos ya existentes y la agravación en perjuicio de los procesados de las reglas de imputación⁵¹, medidas en que en su conjunto se van implementando mediante reformas parciales que se envuelven en discursos populistas; empero, ello se posibilita a raíz de que estas medidas se acompañan de la

⁴⁹ Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe* (San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2019), 23, https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20universal/el_principe_edincr.pdf

⁵⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2005), 39.

⁵¹ José Luis Díez Ripollés, “El nuevo modelo de seguridad ciudadana,” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6, no. 3 (2004): 03:4, <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

criminología mediática, la cual actúa como una caja de resonancia entre los medios masivos de comunicación en favor de estas medidas, presentándolas como una mejora a las reglas existentes. En ese sentido, el Derecho Penal se embarca en un camino que se aleja de los grandes modelos prevalentes en décadas pasadas, los que incluían la visión resocializadora de los países “*del primer mundo*”, y el modelo garantista que fue asumido por la gran parte restante del “*mundo occidental*”; como dice Diez Ripollés, nos encontramos ante un nuevo modelo de intervención penal⁵², en el cual se ha desmoronado el modelo resocializador en pro de medidas restrictivas, lo cual ha traído consigo la caída cada vez más acelerada del modelo garantista, tal y como se ve en las sociedades actuales de países en Centroamérica y Sudamérica.

6. Criminología mediática

Desde los orígenes de la media masiva, en los amaneceres tecnológicos de la humanidad con la introducción de la radio y, más notablemente la televisión, se ha cuestionado el papel de los medios masivos en el desarrollo sociocultural de toda sociedad, y la influencia que estos imponen desde las más grandes posiciones de poder en pro de sus posiciones ideológicas; es así que, en un contexto de populismo punitivo, los medios se convierten en el medio ideal para transformar la visión general de la sociedad en un tratamiento cada vez más indiferente y receptivo a las políticas más rígidas que se alinean con el funcionalismo de Jakobs.

Es así que Zaffaroni aborda la “construcción social de la criminalidad”, la que llama la **criminología mediática**, siendo que Zaffaroni “*identifica en cabeza de los medios masivos de comunicación y en particular de la televisión, son las que configuran las actitudes de la mayoría de las personas en las sociedades contemporáneas y sobre las que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en la creación o modificación de las leyes penales*”⁵³; sin embargo, no hay mayor riesgo que el que no solo busca influenciar a la sociedad, sino los medios que modifican la realidad a su conveniencia basándose en el poder de la concentración de los medios de comunicación masivos, como nos dice el propio

⁵² Matías Alexis Ortíz Espinoza, *El principio de mínima intervención penal: origen y evolución* (Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2020), 42–43, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/177830/El-principio-de-minima-intervencion-penal-origen-y-evolucion.pdf>.

⁵³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Recensión a la palabra de los muertos. Conferencias sobre criminología cautelar,” *Revista Crítica Penal y Poder*, no. 2 (2012): 205.

Zaffaroni, esta es “*una construcción mediática de la realidad a través de una criminología fundada en el pensamiento mágico, llena de contradicciones –que no importan porque al pensamiento mágico no le interesa la coherencia–*”⁵⁴.

De esta manera, se implementa los modelos de Schmitt, la de la existencia de un amigo y de un enemigo de la sociedad, se llega nuevamente al Derecho Penal del enemigo de Jakobs donde una parte de la sociedad se estigmatiza y se considera una porción de ella que no merece el respeto de sus derechos más fundamentales, la criminología mediática entonces se convierte en la mejor amiga del populismo punitivo, ya que esta “*transmite a la ciudadanía un ambiente de caos, alterando y censurando la información, siempre orientado a beneficios particulares, esto se demuestra en el caso de los partidos políticos, donde se alcanza a discernir en la realización de los proyectos de ley, cuyo apreciación tratamos de dar explicación*”⁵⁵, lo cual justifica la propagación de las medidas rígidas de un alejamiento de los principios básicos del Derecho Penal y la indiferencia de los ciudadanos que se limitan a ser meros observadores.

A su vez, la criminología mediática impacta fuertemente sobre las bases del Derecho mismo, corroe los cimientos de los principios penales y alimenta la recalcitrante necesidad de la sociedad actual de un desfogue, de la búsqueda de un “chivo expiatorio” al que se le pueda atribuir resultados eminentemente políticos o de origen externo; de esta manera se vuelve a reafirmar los principios maquiavélicos, siendo que lo más importante en razón de mantener el control social se circunscribe a mantener cómoda a la población y no la búsqueda del bien común.

7. Garantismo penal

Los albores del garantismo se ubican en la clásica discusión sobre el rol del propio Estado, tomando al *Leviatán* y la discusión de la libertad que este debe de tener frente a los ciudadanos; en esa misma línea, nos encontramos ante la expresión teórica de la visión constitucional de Ferrajoli donde la norma fundamental, la constitución de un país, no se limita a ser una narración de objetivos, sino que se expresa como *mandatos de optimización*⁵⁶,

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, “Criminología académica y mediática: construcción de miedos, masacres y enemigos,” *Revista Interferencia*, no. 2 (2012): 11.

⁵⁵ Lucero Danitza Mamani Chipana et al., “Criminología mediática y populismo punitivo en la función legislativa del Perú,” *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano* 8, no. 1 (2023): 37.

⁵⁶ Como menciona Robert Alexy en su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1985).

en el escenario de un *Derecho Penal mínimo* que busca a toda costa limitar *ius puniendi* estatal a su mínima expresión.

Es así que la acepción penal de la teoría garantista expande la protección del derecho fundamental a la libertad en oposición los poderes sancionadores del estado, reforzando lo que Ferrajoli desarrolla en su obra “Garantismo Penal”: “‘*Garantismo*’ y “*Derecho Penal mínimo*” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de *Derecho Penal* capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva -tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona”⁵⁷; es así que el garantismo se presenta como un requisito para la validez de la actuación estatal desde la visión constitucional del derecho, tomando a los derechos fundamentales como la base de su limitación, utilizando la ponderación constitucional como una herramienta para sostener la medida.

A su vez, Ferrajoli detalla que el Derecho Penal, específicamente el delito, debe poseer límites claros que se desarrollan en el ámbito sustantivo y procesal, los cuales detalla como: “*las garantías penales sustanciales: desde el Principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural*”⁵⁸; es así que las limitaciones al *ius puniendi* poseen una extensión sobre la creación de normas en el poder legislativo con los principios sustantivos, y una limitación en la aplicación de las mismas con los principios procesales.

De la misma forma, corresponde señalar que la teoría garantista adopta la diferencia entre principios y reglas de la teoría neoconstitucional, tal y como lo desarrolla Alexy: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. que

⁵⁷ Luigi Ferrajoli, *Garantismo Penal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., 2006), 11.

⁵⁸ Ibidem

*están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales (sino también de las jurídicas)”*⁵⁹, no obstante, se debe tener en cuenta que tal desarrollo doctrinario implica que los mandatos de optimización son dinámicos y abren el llamado “*haz de posibilidades*”, lo cual en sí, exige que el sistema sea flexible y admita diferencias en el propio ordenamiento jurídico, un modelo que no es aceptado actualmente por el sistema peruano.

8. Delito de Omisión de Asistencia Familiar

A fin de entender la penalización de la Omisión de Asistencia Familiar, debe tenerse claro que la asistencia familiar es un concepto que puede ser apreciado directamente en el artículo 472 del Código Civil al definir lo que son los alimentos, siendo que el capítulo se titula “Amparo familiar”, pudiendo desprenderse que el régimen de brindar alimentos comprende la obligación de brindar “*el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, capacitación para el trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia*”, ello contemplado bajo el concepto de familia como el que tiene Groeninga (citado por Varsi)⁶⁰ al establecer que existe como sistema mayor al de la suma de partes, no limitándose su existencia a factores como el matrimonio o la procreación, ello a través de las relaciones entre sus miembros y la sociedad en general

La configuración del ilícito establecido en el artículo 149 del Código Penal debe entonces entenderse como la vulneración al bien jurídico “familia” de forma dolosa al incumplir la obligación de proveer alimentos, siendo este establecido por sentencia judicial o por conciliación, no obstante, debe tenerse en cuenta que ese concepto ha sido superado por los cuestionamientos de la misma doctrina a la posibilidad de que no exista realmente una instancia que determine el dolo de la conducta en sede penal; en ese sentido, encontramos la posición de Bermúdez Tapia⁶¹ referente a los cuestionamiento del delito de omisión de asistencia familiar en su legislación vigente, pues muchos casos provienen de un incumplimiento en el que no es posible acreditar el dolo, motivo por el que de la misma forma

⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86.

⁶⁰ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, t. 1 (Lima: Gaceta Jurídica, 2011).

⁶¹ Manuel Bermúdez Tapia, “La debida diligencia en la evaluación del proceso de alimentos”, *Actualidad Civil*, n.º 91 (2022): 95.

el utilizar este tipo penal como medio de cobranza no tiene un fin disuasivo al no existe una conducta la que modificar.

Cabe, a su vez, referirse a la jurisprudencia sobre este delito en el punto de los requisitos exigidos de procedibilidad, presentándose para dar el panorama a discutir, así los podemos encontrar en la Casación 1977-2019 Lima Norte⁶², siendo estos una necesidad para el Ministerio Público al iniciar proceso penal y deben ser remitidos por sede civil:

- El escrito de demanda de alimentos
- El escrito de apersonamiento del demandado —incluyendo los que incluyan su domicilio y sus variaciones—.
- La sentencia y resolución de consentida o la ejecutoria superior.
- La liquidación de pensiones alimenticias devengadas
- La resolución que hace efectivo el apercibimiento advertido
- Cargos de notificación al demandado.

Desde otra perspectiva, cabe cuestionarse si el Derecho de Familia puede resumirse en que los conflictos familiares complejos se resuelven aplicando una pena de cárcel a un individuo en concreto, especialmente en los casos de asistencia familiar de parte de los padres a hijos, y aquí no cabe ninguna duda que con darle una mirada rápida a la problemática la respuesta sale a flote, y esta es un rotundo no, promover penas de cárcel más altas y la actuación de oficio judicial no hacen más que replicar un Derecho Penal puramente de castigo; desde una cárcel los padres solo acumulan más deuda y devengados que no podrán pagar al cumplir su condena, llevando a que el problema crezca aún más y la justicia falle en su función de proteger los derechos fundamentales del menor de edad, se olvida que el interés superior del niño no solo debe aplicarse sustantivamente, sino que es posible realizar una interpretación gracias a este, tal y como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir que toda decisión respecto a menores debe tener como objetivo la protección especial del menor en los procesos.

Se olvida que la familia es anterior al Estado, que sus problemas son tan complejos que muchas veces superan los conceptos que el Derecho intenta darles, y se prefiere ignorar que en todo conflicto familiar no es posible la reducción de este a un conflicto que tenga un

⁶² Véase: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/08/Casacion-1977-2019-Lima-Norte-LP.pdf>

culpable que deba asumir una responsabilidad completa, siendo por ello que debe traerse a colación lo señalado por Bermúdez Tapia respecto a la complejidad no abordada del conflicto familiar⁶³, en mérito a que por lo menos en el extremo penal existe una total desconexión de la situación primigenia del proceso, es decir la necesidad de una pensión de alimentos por parte del alimentista con el proceso de omisión de asistencia familiar, no encontrándose justificación misma de este último con el conflicto familiar que iniciar tanto el proceso de alimentos como el posterior proceso penal por omisión de asistencia familiar, más allá del núcleo de la investigación referente a la utilización del proceso penal como medio de coacción al cumplimiento de un proceso civil.

9. Imputación penal

Presente en la forma de un resonar que viaja a través de los más grandes espacios del Derecho, la imputación se constituye como uno de los conceptos base del Derecho en toda su magnitud, especialmente a las ramas del derecho de atribución, sin duda alguna tomando preponderancia en su vertiente penal, donde no solo es un aspecto de la teoría general de la rama, sino que se constituye como uno de los grandes pasos en la construcción de lo que hoy se considera el núcleo del *iter criminis*; es así que, corresponde señalar que la imputación es hoy una constante en toda teoría penal, no siendo un concepto nuevo, sino uno redescubierto por el finalismo de Welzel y desarrollado por autores tan distantes como Roxin y Jakobs.⁶⁴

Es así que corresponde resaltar que los orígenes de la teoría de la imputación se enlazan con el desarrollo del naturalismo clásico en las manos de los seguidores de Hegel y de Franz Von Liszt, los que abrazaron al causalismo como fundamento de la responsabilidad penal atribuible, siendo que la doctrina alemana del momento se enfocaba en la entonces reinante teoría causalista; sin embargo, fue el mismo Hegel quien brindaría luces a las primeras teorías de la imputación desde la visión causalista, el modelo hegeliano que se contraponía a la dicotomía kantiana entre el inmutabilidad de los naturales y el relativismo de lo positivo, razón por la cual el Derecho no se oponía a la moral, sino que se transformaban en un mismo ente que no tomaba en cuenta la intencionalidad propia del autor, sino que se limitaba a lo que hoy conocemos como *imputación objetiva*, un juicio de subsunción

⁶³ Manuel Bermúdez Tapia, "El proceso y la sentencia de alimentos en la práctica judicial peruana", *Revista de investigación de la Academia de la Magistratura* 6, n.º 10 (2025): 57.

⁶⁴ Mir Puig, S. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, núm. 05, pp. 05:2.

puramente normativo en el que se incluía la consciencia y la voluntad como elementos objetivos.

En una línea distinta se desarrollaría la teoría finalista de Welzel, que sostenía la libertad de la voluntad humana abierta a permitir la existencia de una esencia final de la acción humana⁶⁵, mientras que los modelos posteriores basados en el funcionalismo abordaron la imputación objetiva en el sentido hoy entendido, desde las manos de Roxin en 1970, el cual invocó al riesgo permitido como la base del análisis de la interpretación de la norma penal, alejándose de la simple subsunción causalista a fin de incluir un análisis sobre la afectación de un bien jurídico por el riesgo penalmente relevante creado por el agente.

Por otro lado, Roxin detalla que la imputación objetiva sólo va a ser relevante en los delitos de resultado, ya que *“el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor”*⁶⁶, mientras que en los delitos de mera actividad *“la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial”*⁶⁷, dejando claro que la teoría de la imputación objetiva se enfoca a determinar la responsabilidad sobre una causalidad establecida previamente, un análisis *ex post* al causalista, no teniendo entonces cabida en los delitos donde no se necesita un resultado para imputar el tipo, tal y como lo son los delitos de conducción en estado de ebriedad o la tenencia ilegal de armas, los cuales se agotan en la realización del tipo, sin importar si existió una intencionalidad detrás de ellos.

De esta forma, se puede concluir que la imputación penal se encuentra en una esfera de existencia cercana a la del garantismo penal, pues esta institución no existe sino para resguardar adecuadamente los derechos de los ciudadanos sobre el poder del Estado, pues esta sería *“un mecanismo normativo que sirve a los fines del Derecho Penal de un Estado liberal, que no son sino garantizar las expectativas sociales de conducta”*⁶⁸, habiéndose desarrollado conceptos constitucionales como la imputación necesaria para el inicio de un proceso, pues la imputación no es más que una atribución inicial sobre una persona, abriendo las puertas a la averiguación de una respuesta definitiva en posteriores análisis normativos.

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Roxin, C. *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. pp. 345.

⁶⁷ Roxin, Loc. Cit.

⁶⁸ José Luis Medina Frisancho, *La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal* (Material Auto Instructivo del curso “Imputación Objetiva,” Academia de la Magistratura, 2016), 90–91.

10. Interés Superior del Niño

Bajo el manto del desarrollo constitucional en América Latina, se ha dado un protagonismo a los enfoques garantistas sobre los grupos vulnerables, a través de distintos métodos que, aunque se discuten tanto a nivel de doctrina como de la propia opinión popular, se caracterizan por aplicar medidas especiales a estos segmentos sociales con el objetivo de lograr una igualdad ante la ley y una en la ley, considerando de esta forma las necesidades específicas de cada grupo junto a sus tratamiento especiales. Teniendo en consideración estos tratamientos, podemos resaltar que el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de protección especial tomó un rumbo distinto en cada región de nuestro planeta, de la cual Perú se ciñó al modelo constitucionalista, como lo dice Miguel Cillero Bruñol, “*Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado ...*”⁶⁹, siendo así, se entiende que existen principios que garantizan preferir acciones en beneficio del menor si es que existiera un conflicto de derechos.

El 29 de mayo de 2013, se emitió la Observación general N.º 14 (2013) sobre “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” desde el Comité de los Derechos del Niño. Esta observación esencialmente detalla el modo de aplicación de este principio en los casos concretos, además de que señala como objetivo de su aplicación: “*garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*”⁷⁰. Así queda claro que ningún derecho puede ser excluido o priorizado sobre otro alegando interés superior, ya que este de por sí exige que se cumplan todos los derechos enunciados en la Convención; a raíz del enfoque basado en derechos, se necesita la intervención de todos los involucrados a favor del desarrollo psicológico, mental, físico y espiritual del niño.

El Tribunal Constitucional ha tenido un desarrollo consistente y progresivo en materia de derechos del niño y adolescente durante las 2 últimas décadas, pudiendo resaltar de esta manera el Exp. N.º 01817-2009-HC/TC, donde el TC reconoce el origen convencional del

⁶⁹ Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,” en *Justicia y Derechos del Niño*, 9ª ed. (Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007), 130.

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013), <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>.

principio de interés superior del niño, lo cual no solo vincula al Estado como un actor internacional, sino que genera vínculos internos entre toda institución pública o privada que tenga de materia de decisión el desarrollo de un menor de edad. Así también se reconoce el concepto triple del Comité de los Derechos del Niño, en especial su aspecto como principio interpretativo⁷¹ al momento de emitir políticas públicas desde el propio Estado. No obstante, en la STC Exp. N° 01887-2012-PHD/TC, se encuentra un conflicto evidente entre las aproximaciones del Tribunal Constitucional, pues si bien es cierto se le da un carácter especial al papel de los niños y adolescentes, este último desarrolla un análisis completamente ajeno a los mismo cuando evalúa un conflicto de naturaleza alimentaria⁷², al suplir la presencia de estos con la representación de los padres, sin tomar en cuenta que estos no necesariamente van a buscar el bienestar de los menores.

En ese sentido, el desarrollo del concepto de “interés superior del niño“ sigue la tendencia internacional de protección de los Derechos Humanos como base fundamental del Derecho, lo cual incluye las consideraciones especiales que se deben implementar en el caso de los sujetos de derecho con características diferenciadas al sujeto que se tuvo como modelo en la primera generación de Derechos Humanos; en consecuencia, debe resaltarse que la figura actual que regula este principio, tanto en un desarrollo teórico como en su aspecto práctico, se ha expandido hasta abarcar todas las dimensiones en las cuales se tomen decisiones que tengan efectos sobre los niños y adolescentes, siendo que se manifiesta fuertemente en el ámbito interpretativo como una salida que en el pasado se tenía como impensable.

11. Patria Potestad

Como la cuna del Derecho Civil, el Derecho Romano se constituye como el origen de la institución a describir, fruto del Derecho Quiritario o llamado también *ius civitas*, constituido como la facultad del ciudadano romano para formar una familia y tomar el rol de *paterfamilias*, de donde obtenía la *patria potestas*, un concepto que no fue desarrollado doctrinariamente en Roma, sin embargo, Paulo la describió como: “*Potestatis verbo plura significantur; in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominum*”, dando a entender que era el hombre libre quien poseía este poder

⁷¹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Exp. N.º 01817-2009-HC/TC (7 de octubre de 2009).

⁷² Manuel Bermúdez Tapia, "El derecho a conocer el nivel remunerativo de la pareja en casos de alimentos", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 6 (2013): 162.

que no solo se dirigía como una facultad sobre los hijos, sino que era la base de la sociedad romana, la construcción social que le daba su estructura a la nación.

No obstante, en los ordenamientos actuales, la patria potestad “*deja de ser sólo un derecho o sólo un deber convirtiéndose en ambas cosas, deber y derecho que regula las relaciones de padres e hijos, en términos simples la patria potestad sería aquella facultad/potestad que la ley otorga a los padres sobre los hijos con el fin proteccionista*”⁷³, por lo que debe entenderse como una derivación de los derechos fundamentales de los menores de edad oponibles a los que tengan la obligación de mantener su bienestar, normalmente los padres aunque no necesariamente lo son; no obstante, debe diferenciarse entre *tenencia* y *custodia*, ya que, como lo menciona Aguilar Llanos, “*la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber*”⁷⁴, siendo que solo los padres tienen el derecho a la tenencia de sus hijos, mientras la custodia puede ser atribuida a un tercero que posea un vínculo cercano como el menor, tenga la capacidad de mantener sus necesidades y sea considerado adecuado para el rol por las circunstancias dilucidadas por el Derecho de Familia.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que “*uno de los derechos importantes consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, recogido por la legislación especializada, denominada Código de los Niños y Adolescentes, lo constituye el derecho que tiene el menor a vivir con su familia natural*”⁷⁵, por lo que la patria potestad ya no se expresa como la facultad de control que poseía el *paterfamilias*, sino que el concepto se ha ido trasladando a un enfoque del interés superior del niño bajo el ordenamiento de sus derechos constitucionales; es así que debe entenderse que la patria potestad entrega la tenencia o custodia a fin de salvaguardar los intereses del menor, y no para otorgar facultades a los cuidadores, razones por las que las disposiciones legales que así lo consideren se deben entender derogadas de facto por los pactos internacionales de los que el Perú es parte.

⁷³ Javier Edmundo Calderón Beltrán, *La familia ensamblada en el Perú: superando el vacío legal* (Lima: ADRUS D&L Editores S.A.C., 2014).

⁷⁴ Benjamín Aguilar Llanos, “La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida,” *Derecho & Sociedad*, no. 32 (2009): 191–197, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>.

⁷⁵ Op. cit., pp. 193.

TERCERA PARTE: ANÁLISIS

ANÁLISIS SOBRE LOS LÍMITES DE LA PUNIBILIDAD Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

1. Los principios rectores de la punibilidad

Desde las consideraciones primigenias de la concepción penal como sanción recíproca hasta los modelos actuales de punibilidad por parte del ente ejecutor del *ius puniendi*, se han determinado distintas consideraciones básicas que rigen las bases de determinación, no solo de la aplicación de los supuestos de conductas punibles, sino de los parámetros necesarios a fin de configurar genéricamente cualquier conducta penal.

En ese sentido, se recoge del Código Penal Peruano de 1863 la garantía mínima de legalidad, detallando el conocido *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* expresado por Ludwig Feuerbach, siendo el primer antecedente peruano de legislación nacional consolidada; de la misma forma, el Código Penal Peruano de 1924 recoge en Título I, que abarca los tres primeros artículos, las llamadas “garantías de la ley penal”, las cuales son los hoy conocidos como el principio de garantía jurisdiccional y las dos variantes del principio de legalidad; no obstante, es el actual Código Penal Peruano de 1991 el que desarrolla en su título preliminar diez “principios generales”.

Así, debemos de tener en cuenta que, es el principio de legalidad el que se destaca por su rol irremplazable en el desarrollo del Derecho Penal, siendo este el único en concurrir en los tres códigos penales de la historia del Perú, actuando como garantía de los ciudadanos de una correcta aplicación de las normas; empero, el principio de legalidad no se limita a que lo que expresó Feuerbach, sino que “*para el principio de legalidad la ‘ley’ no significa la aceptación expresa de toda ley penal, sino únicamente de aquellas que reflejan los intereses y las necesidades del pueblo*”⁷⁶, por lo que también abarca la subjetividad presente en la normativa penal emitida por el órgano legislativo, cautelando el respeto de que la norma refleje los reales intereses del pueblo, un concepto enfocado a los principios constitucionales básicos que deben ser observados por todos los órganos del estado.

Es en ese mismo contexto, el presente trabajo indica como objetivo central la determinación de si existe una vulneración al principio de mínima intervención sobre la

⁷⁶ José Luis Castilla Alva, *Código Penal Comentado: Tomo I* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 42, https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/04/codigo-penal-peruano-comentado__tomo-i_gaceta-juridica.pdf.

tipificación específica del delito de omisión de asistencia familiar, no obstante, es menester desarrollar *in extenso* que el desarrollo de los principios rectores de la punibilidad no puede limitarse a un resumen teórico de modificaciones en el texto constitucional como ha sido previamente señalado, ni es posible limitarlo a un constructo teórico de diferentes conceptos, sin perjuicio que de ellos se erija el presente desarrollo analítico.

A la vista de lo indicado, los principios generales desarrollados en el Código Penal de 1991, hoy vigente, no solo se presentan como los límites normativos a la arbitrariedad de las autoridades, tanto a nivel legislativo como el nivel primigenio y originario de las normas, y al extremo judicial como órgano ejecutor de las mismas, sino que tales principios son una extensión propia de la constitucionalización del Derecho Penal, desarrollados con el objeto de expresar la existencia de los derechos individuales como marco inalienable e inamovible en el ordenamiento jurídico.

a. El rol del principio de mínima intervención

El desarrollo propio del Derecho Penal antes expuesto evidencia en sus orígenes y en sus posteriores modificaciones, que la mínima intervención se presenta como el pilar de la racionalidad en el sistema penal, como el extremo en el que los primigenios meros juicios de tipicidad encuentran su limitante en un océano de realidad, la que se manifiesta en el ordenamiento jurídico como los principios rectores del Derecho Penal; de esta forma, la mínima intervención impide que el Derecho Penal abarque la totalidad de las sanciones existentes en el propio sistema, en otras palabras, se constituye a sí misma en el extremo máximo sancionatorio del propio Estado y su expresión en el *Ius Puniendi*.

De la misma forma, corresponde mencionar que el Derecho Penal no debe entenderse como la panacea, debido a que es posible, en un enfoque reduccionista, determinar que toda conducta determinada inadecuada por la voluntad popular expresada por el órgano representativo, debe sancionarse desde el Derecho Penal pues este contiene las mayores sanciones y las mismas en sí mismas pueden entenderse como las más indicadas para alcanzar un estándar de prevención general; tal enfoque entonces se ve descartado por al espíritu mismo de la fragmentación del Derecho Penal, característica que no se limita a sus extremos interpretativos, sino desde la creación normativa misma.

b. La mínima intervención en la legislación

En el marco de los principios rectores del ejercicio penal, se erige la institución de la discrecionalidad parlamentaria, uno de los aspectos más discutidos del campo doctrinario pues, ¿Hasta dónde puede legislarse sin incurrir en excesos? Desde la visión constitucional, se encuentra una visión reduccionista *“todo lo que atente contra la constitución es un exceso en la legislación”*; empero, el ordenamiento jurídico se ha construido como una entidad que solo puede funcionar bajo la congruencia de sus partes, no es dable entonces considerar que la norma fundamental sea el único parámetro normativo capaz de limitar la función legislativa.

Desde un punto de vista del Derecho Penal, los principios rectores del Derecho Penal se encuentran en un nivel interpretativo superior a las disposiciones contenidas en el cuerpo legal desarrollado tras la exposición preliminar de tales principios, siendo que estos no solo se configuran como una limitación a los operadores judiciales, sino que brindan protección a la uniformidad del cuerpo penal peruano a través de principios de interpretación, de esta manera, aunque un tipo penal posea legitimidad al haber sido expedido en el uso de funciones legislativas del Congreso de la República, puede conducir a su no utilización por vulnerar los principios básicos del Derecho Penal.

Es así que los límites legislativos deben ser entendidos como los determinados por todo cuerpo legal que regule la uniformidad y consistencia de una rama del derecho, tal y como lo presentan los principales códigos de nuestro ordenamiento jurídico; misma razón por la que la modificación de estos no puede realizarse bajo un criterio de mayoría de votos en un órgano legislativo, sino que debe requerir una mayoría calificada más la opinión favorable de los operadores de justicia, los que evalúan de primera mano la aplicabilidad de cualquier nueva norma penal; de la misma forma, debe tomarse en cuenta que ningún acto se encuentra fuera de algún tipo de control, sino que toda actuación, especialmente la del Estado, debe seguirse bajo reglas estrictas que no permiten que el Leviatán, creado por los humanos para su propia organización, se utilice en contra de estos, véase, al encontrarse bajo un control representativo.

De la misma forma, al situarse el poder de creación de normas en la representación nacional, el control de la misma recae en el marco constitucional general del estricto respeto a los Derechos Humanos, máxime si estos acogen niveles de protección especial

en grupos poblacionales vulnerables, los mismos que deben ser a su vez objeto de control desde la propia ejecución normativa en el extremo judicial.

2. El impacto de las políticas de hiperpunibilidad en la tipificación de delitos

Las corrientes vigentes en las cercanías de América Latina, han virado hacia políticas basadas en la modificación a diestra y siniestra de los ordenamientos jurídicos de la región hacia el endurecimiento de las medidas de punición, así, no puede negarse que ha existido un súbito aumento de la gran criminalidad en países que se caracterizaban por tener abundancia de la delincuencia “*de calle*”, las cuales han evolucionado a fin de abrazar la organización de las mismas en constructos mucho más complejos; no obstante, se advierte la concurrencia de medidas populistas para enfrentar problemas sistémicos en lugar de presentar soluciones factibles.

En ese contexto, se ha modificado la normativa aplicable a una gran cantidad de delitos, incluyendo la normativa adjetiva y la de ejecución que acompañan al cuerpo sustantivo penal, todas ellas siguiendo un esquema de endurecimiento de la sanción y que dificultan las salidas de los centros de castigo estatal; i.e., los beneficios penitenciarios se reducen cada vez más en un marco donde se aumentan las penas de delitos comunes y se obliga a los operadores de justicia a solicitar prisiones preventivas.

Así, debe entenderse que la motivación de los cambios se encuentra en el interés propio de generar arrastre político, medidas que se han apoyado en la criminología mediática, presente en el contexto peruano, la que apoya las medidas de populismo punitivo legislativo; no cabe duda entonces que los efectos de estos cambios se dan sobre los procesados, los cuales, aunque no se suele tomar en cuenta, gozan de la presunción de inocencia y no pueden ser perjudicados arbitrariamente por la discrecionalidad legislativa. En ese mismo sentido, el contexto de hiperpunibilidad que está viviendo el Perú se ha extendido al tema de investigación analizado, específicamente con la modificación del artículo 446 del Código Procesal Penal, el cual, en su inciso 4, incluye a la omisión de asistencia familiar como un tipo penal que exige se incoe proceso inmediato una vez recibidas copias de la jurisdicción civil, sin mediar análisis previo.

a. La modificación del artículo 446° del Código Procesal Penal

La emisión de la Ley N° 31960, publicada con fecha 18 de diciembre de 2023, trajo consigo mayores modificaciones que simples cambios en las causales de aplicación del

proceso inmediato, debido a que, a simple vista se evidencia un cambio en el posicionamiento de la causal del delito de omisión de asistencia familiar, de ser mencionado en el cuarto inciso del artículo 446° del Código Procesal Penal, a ser el literal d) del inciso 1 del citado artículo; debe tenerse en consideración que la taxatividad del ordenamiento jurídico obliga a su vez a que toda descripción del procedimiento penal no sea una mera diferenciación gramatical, sino que contengan un contenido distinto a interpretarse, los mismos que se detallan a continuación:

Sección modificada-incorporada	Texto previo a la modificación del artículo 446° del NCPP	Versión modificada del NCPP tras la Ley N° 31960
Incorporación del literal d) en el inciso 1	“Artículo 446.- Supuestos de aplicación 1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. [...]	“Artículo 446.- Supuestos de aplicación 1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. d) <i>Cuando reciba del juez competente copias certificadas de las piezas procesales pertinentes para acusar al deudor alimentario por la comisión del delito de omisión de prestación de alimentos previsto en el artículo 149 del Código Penal, Decreto Legislativo 635. [...]</i>
Modificación del inciso 4	[...] 4. Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el Fiscal también deberá solicitar la incoación del	[...] 4. Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso

	proceso inmediato <i>para los delitos de omisión de asistencia familiar</i> y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente Código. [...]	inmediato para el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente Código [...]
--	---	---

Figura 1

Ante lo antes sintetizado, es posible apreciar que la extracción del delito de omisión de asistencia familiar del inciso 4, y su inclusión como un literal dentro del inciso 1 del artículo 446° del Código Procesal Penal, mantiene la obligación al fiscal a incoar proceso inmediato al señalar que este “*debe*” hacerlo al encontrarse ante el delito de omisión de asistencia familiar, empero, en la versión primigenia del inciso 4 no se especificaba el contenido de las piezas procesales que debía poseer el fiscal a fin de proceder a la incoación, razón por la cual se asume erróneamente que la modificación introducida con la incorporación del literal d) en el inciso brindaría mayor rigurosidad al mencionar “*Cuando [el fiscal] reciba del juez competente copias certificadas de las piezas procesales pertinentes para acusar [...]*” (subrayado propio), sin embargo, se deja de lado que la modificatoria introducida por la Ley N° 31960 no se limitó al Código Procesal Penal, sino que modificó a su vez el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil al modificar el artículo 566-A° del mismo, el cual señala:

“Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia con calidad de firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, de oficio y bajo responsabilidad, previa liquidación correspondiente, el requerimiento del cumplimiento del pago y el consentimiento expreso del representante procesal del menor alimentista, remitirá copias certificadas de las piezas procesales pertinentes al fiscal provincial penal de turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones de conformidad con el literal d) del numeral 1 del artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal”⁷⁷

Así entonces se aprecia que los elementos remitidos por el juez civil no quedan a la discreción de este, sino que son fijados por la propia normativa civil, al indicar que es necesaria la liquidación del pago de alimentos, que se haya requerido previamente el pago y que exista consentimiento del representante del menor alimentista; en otras palabras, de existir estos elementos en las copias certificadas remitidas al fiscal penal, ello se entiende

⁷⁷ Perú, Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial 010-93-JUS, y el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, a fin de garantizar la prestación efectiva de la obligación a la asistencia familiar, art. 1.

como las “*piezas procesales pertinentes para acusar*” y el fiscal se encuentra obligado, bajo responsabilidad según la modificación al Código Procesal Penal, a incoar proceso inmediato y posteriormente presentar la acusación dentro de este.

b. La importancia de la calificación en sede penal

Desde los albores del desarrollo del proceso penal como medio propio de ritos a su expresión como procedimiento y posterior proceso, este se ha constituido como el marco mismo en el que se desarrolla el proceso sancionatorio que hoy se expresa en sí mismo como el proceso penal, habiendo adquirido sus características y su complejidad a través del mencionado complejo desarrollo; empero, el espíritu de la sanción misma como control social ante conductas consideradas inadecuadas se ha conservado en su esencia como un elemento inalienable, aún desde su expresión en los procesos inquisitivos donde se concentraba en una sola persona la imputación y el juzgamiento.

Es así que, se puede apreciar que la imposición de las sanciones no se encuentra limitada *per se* por la sola voluntad del juzgador, sino que los cambios que han ido rodeando al proceso sancionador [en el sentido penal actual] se dirigieron a la propia definición de las conductas sancionables, no obstante, surgió el cuestionamiento propio de todo cambio estructural en el propio proceso, ¿Cómo puede definirse que conducta es sancionable?, en el sentido en el que sin importar si esta se encuentra correctamente definida, el análisis propio necesario para la subsunción de la conducta en el supuesto típico se considera uno de los pasos más importantes en la evolución del proceso penal.

En ese contexto, la calificación de la conducta como paso previo a la investigación, como lo prevé el vigente modelo del Código Procesal Penal, se constituye como un filtro que cumple un doble rol en el modelo procesal vigente, tanto como límite propio del *Ius Puniendi* estatal en su vertiente desarrollada en la investigación misma sobre las conductas que no se han tipificado como delictivas, y a su vez como herramienta que impida una sobrecarga procesal sobre las entidades del sistema de justicia; es así que la presente investigación acoge el primer rol una de las formas por las cuales se puede controlar que el delito de omisión de asistencia familiar en su primera modalidad, sea aplicado conforme a los principios básicos del Derecho Penal, aun cuando la propia tipificación de la conducta en cuestión vulnere el principio de mínima intervención.

En el contexto propio de la omisión de asistencia familiar en su primera modalidad, tal y como se ha detallado en el desarrollo del presente análisis, es la modificación del artículo 446° del Nuevo Código Procesal Penal el que limita la capacidad fiscal de calificar las piezas procesales remitidas desde el proceso civil previo; es así que se limita la posibilidad de analizar en una etapa de calificación, la legalidad misma de tales elementos recibidos, la que es menester considerar en especial cuando estos refieren a una orden impartida en justicia civil y que cuyo incumplimiento es la conducta típica sancionada en el tipo penal a investigar.

En consecuencia, la presente investigación asume la posición presentada por Revilla Palacios respecto a la calificación, asumiendo que la misma realizada por el operador judicial con coherencia es esencial, por lo que: “[...] *a partir de ello se logrará fijar la ruta para una óptima investigación y sanción de los delitos. Lo que, en definitiva, garantizará la seguridad jurídica de la sociedad y el respeto material de derechos fundamentales como el honor y la libertad persona*”⁷⁸; debiendo asumirse que la función fiscal suple en el modelo presente del Nuevo Código Procesal Penal, la del operador judicial en el Código de Procedimientos Penales de 1940, el de actuar de filtro ante la formalización de la investigación [formalización de la denuncia en la legislación procesal previa], razón por la cual se debe permitir al fiscal investigador en el modelo acusatorio vigente, el valorar y decidir la procedencia de las piezas procesales remitidas desde la justicia civil, sin que ello le conlleve al mismo responsabilidad funcional.

De la misma forma, corresponde resaltar que el delito de omisión de asistencia familiar evidencia una incoherencia en las propias decisiones estatales en la forma de abordar la problemática respecto al alimentista, ello en mérito a que sancionar el incumplimiento de pago con una pena de cárcel no brinda una solución para el alimentista, sino que le genera una mayor imposibilidad al obligado de cumplir con lo requerido⁷⁹.

3. El populismo punitivo como sostén de la lesión al principio de mínima intervención del Derecho Penal

⁷⁸

Ana María Revilla Palacios, “La calificación jurídica de la denuncia penal: Problemas y alternativas,” *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, no. 5 (2009): 195–205, <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/211/267>.

⁷⁹ Manuel Bermúdez Tapia, “Evaluación de los actores endógenos y exógenos al proceso de alimentos”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 78 (2019): 271.

Sobre el particular, se constituiría una gran limitante en la construcción de una visión completa de la problemática investigada, el no considerar el rol preponderante del populismo punitivo sobre las modificaciones realizadas sobre la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, y sobre el mantenimiento del estado de constante lesión al principio de mínima intervención. En otras palabras, no existe una aproximación que prescinda del impacto del populismo punitivo en el cambio mismo que está soportando el Derecho Penal y el Derecho Procesal peruano, lo que en sí mismo afecta al delito materia de investigación y al impacto que un enfoque punitivista tiene sobre una opinión social bajo la presión propia de un modelo de criminología mediática.

En línea con lo expuesto, es de apreciar que el populismo punitivo no se limita a ser el conjunto mismo de las acciones realizadas por las entidades estatales, sino que debe apreciarse conjuntamente con la visión que mantiene el grueso poblacional frente a tales medidas, sin olvidar que se genera un círculo vicioso con la criminología mediática, pues es la propia inacción estatal la que genera el sentimiento de inseguridad en la población que en sí mismo construye una necesidad aparente de una mayor severidad normativa; en consecuencia, no es pues imputable a la población que el Estado mismo reaccione a las exigencias de un accionar más directo con normas transgresoras al propio ordenamiento jurídico, sino que es este Leviatán que sin responder a su propósito primigenio el que prefiere recurrir a tales medidas en aras de enfrentar tales exigencias.

Es en el contexto indicado que la presente investigación ubica la problemática principal, la lesión misma de un principio básico del Derecho Penal mismo, en que tal infracción se mantiene a sí misma en un océano de aceptación popular que a su vez tiene su sustento en las interpretaciones mediáticas de mayor aceptación. De la manera señalada se puede apreciar que el delito de omisión de asistencia familiar, el cual se entiende en una gran mayoría de los casos a su primera modalidad referente al incumplimiento de la obligación alimentaria, se mantiene a sí mismo sobre el apoyo popular sostenido en el contenido generado por la criminología mediática, pues esta conducta es abordada desde un punto de vista emocional respecto a los agraviados de la misma; es allí donde es menester resaltar que la aplicación del Derecho responde a criterios de objetividad, no pudiendo el mismo nublarse en perjuicio de sus principio debido a la aceptación popular.

Las acciones institucionales del Estado, a través de su órgano legislativo y las entidades dedicadas a la aplicación de justicia, entonces han actuado en línea con lo antes

señalado y no modifican la normativa vigente o se pronuncian en el marco de sus atribuciones respectivamente respecto a cómo la sola tipificación de una conducta de incumplimiento de una resolución judicial, la misma que en su versión vigente no acepta la revisión de fondo del aparato penal, lesiona el principio de mínima intervención pues ello acarrearía un rechazo popular y mediático; es decir, el Derecho Penal se encuentra supeditado a la aceptación popular en desmedro del seguimiento de sus principios fundamentales y de la propia entidad del ordenamiento jurídico.

a. El impacto en la función legislativa

El populismo punitivo se expresa en el contexto del Derecho Penal, como una patología jurídica cuyo impacto se extiende a través de todo el ordenamiento mismo, desde la concepción misma de las normas, hasta su ejecución en última instancia. Es así que su presencia en sede legislativa es apreciable en la degradación del propio razonamiento legislativo empleado desde la ideación de leyes hasta su emisión, ello pudiendo verse en las dimensiones mismas de tal racionalidad, pues el decaimiento mismo del razonamiento legislativo suele expresarse inicialmente en la dimensión teleológica de las normas pues estas carecen en los albores de una política punitivista, del fin resocializador que debe acompañar a la normativa penal, no obstante, con la progresión de este decaimiento se alcanza a impactar hasta la dimensión lingüística de las mismas, existiendo evidentes deficiencias en la propia redacción de un texto legal emitido por el propio legislador.

Es así que corresponde señalar que el ordenamiento jurídico se encuentra actualmente en una estancia de degradación profunda ocasionada por años de reformas normativas basadas en un enfoque de populismo punitivo, el mismo que significa el abandono del uso de la criminología empírica como base de la emisión de normas que tengan como objetivo el abordar las problemáticas sociales con un enfoque jurídico que a su vez busque una coherencia normativa entre el ordenamiento jurídico del país, en pos de una actitud en permanente reacción a la opinión social.

Es así que se aprecia la evidente disociación entre la realidad social con la legislación, lo que se evidencia en la negativa a reconocer la vulnerabilidad de los sujetos que son parte de un conflicto familiar⁸⁰ y todo lo que ello conlleva en relación a la emisión

⁸⁰ Manuel Bermúdez Tapia, "Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal", *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú* 3, n.º 3 (2021): 147, <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.6>.

de normativa que no se ajusta a la necesidad de las instancias judiciales en su papel de entes llamados a solucionar tales conflictos; cabe resaltar que tal disociación a su vez se expande en el ámbito penal del Derecho, instancia que en el caso concreto del delito de omisión de asistencia familiar se ve como un desdoble del proceso civil de alimentos, no solo por tener un carácter de pura remisión al alcance de la decisión de un juez civil, sino porque el desenvolvimiento del proceso penal se da sin los límites generales del mismo.

i) La cada vez más ausente especialización en la creación de dictámenes

Corresponde indicar que, si bien es cierto la presente investigación no pretende realizar un análisis profundo sobre la labor legislativa, es menester indicar que la misma basada en la reacción social, por su propia naturaleza, necesita la omisión del proceso legislativo ordinario a fin de conseguir la calma de la población ante la exigencia de reformas, logrando muchas veces dictámenes en menos de 48 horas, claramente no habiendo existido análisis sistémico para normas penales que modifiquen contenido tan delicado como la imposición de mayores penas y/o nuevas conductas sancionadas; de la misma forma, tales dictámenes no son consultados ante el Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC), el mismo que posee entre sus miembros a la entidades van a ejecutar tales normas, como el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú, etc., siendo que en gran parte de los casos, tal consejo es desconocido hasta por las propias autoridades y por los integrantes de las entidades que lo componen [siendo que entre ellas se encuentra el propio Congreso de la República y entidades parte del Poder Ejecutivo como el Ministerio del Interior y el Instituto Nacional Penitenciario].

A su vez, tales dictámenes “expres” son muchas veces exonerados del debate en las comisiones correspondientes, de esta forma consiguiendo una aprobación más veloz, no obstante, causando que tal norma carezca de un control adecuado en el proceso legislativo y que adolezca de una orfandad jurídico-formal en la que se hayan sustentado los aspectos más relevantes.

ii) La desproporcionalidad de las penas

En otro aspecto de la degradación de la función legislativa en el contexto de una política criminal impulsada por el populismo punitivo, es apreciable la

existencia de la desproporcionalidad de penas, causando en ese sentido una fractura en la escala valorativa de los bienes jurídicos establecida en la versión primigenia del Código Penal hoy vigente, siendo especialmente apreciable en tipos penales como el de Violación Sexual tipificado en el artículo 170°, pues el mismo fue inicialmente tipificado con una pena máxima en su modalidad básica de 3 a 6 años, pudiendo apreciarse que en la versión vigente al momento de la elaboración de la presente investigación, el tipo base establecido mediante la Ley N° 30838 se encuentra sancionada con una pena de 14 a 20 años de pena privativa de libertad; es así que corresponde indicar que la normativa penal requiere, por su propia naturaleza restrictiva, el mantener un equilibrio estructural en la valoración de bienes jurídicos, pues resulta incongruente asumir que el bien jurídico de mayor valor, el de la vida misma, posea en su tipo base una pena de 6 a 20 años⁸¹, con un extremo mínimo menor al tipo penal de violación sexual.

Por consiguiente, el estado de asistematicidad del que adolece el ordenamiento jurídico penal peruano no solo resulta una violación flagrante de los principios básicos penales, sino que a su vez se encuentra sostenido por la constante atomización de los tipos penales que se expresa en la tipificación de conductas que ya se encontraban sancionadas genéricamente en distintos tipos penales independientes, o en la expansión de tipos penales ya existentes; es tal comportamiento del órgano legislativo el que impide mantener un sistema jurídico penal sólido y coherente.

iii) El cada vez más cercano Derecho Penal Simbólico

Las consecuencias de que la función legislativa en materia penal adopte un horizonte no alineado a los principios penales básicos avecina un rompimiento total del ordenamiento jurídico en pos de que la misma se convierta en una herramienta política que utiliza al propio Derecho Penal como mensaje, pues las modificaciones entonces constituyen una reacción a las demandas populares y consiguen por ello un beneficio político; en otras palabras, el Derecho Penal deja de existir en todo sentido, dando paso a ser poco más que disposiciones legales agrupadas en una

⁸¹ Véase así tipificado en el artículo 106° del Código Penal de 1991.

declaración de carácter político que nace muerta pues su único objetivo es la propaganda electoral de la “mano dura”.

4. La configuración de la lesión al principio de mínima intervención en el delito de omisión de asistencia familiar

La base del sistema jurídico penal peruano se caracteriza por, a pesar de su constante degradación, ser el último recurso de la expresión del Ius Puniendi estatal, una característica que ha sido gravemente afectada con la sola tipificación de la primera modalidad del tipo penal de omisión de asistencia familiar referente al incumplimiento del deber alimentario, cuya expresión como primer representante de un sistema penal en vías de extinción encuentra su sustento en diversas vertientes dogmáticas del mismo Derecho Penal.

a. La pérdida de la subsidiariedad del Derecho Penal en el Perú

El Derecho Penal no se caracterizó desde su concepción como una herramienta limitada por principios fundamentales como lo es la mínima intervención, sino que la misma nace con la doctrina liberal de finales del siglo XVIII, la misma que en sus momentos buscó una especie de “reivindicación” de las que hoy conocemos como las libertades individuales, es decir, desde los aspectos más personales de la vida diaria hasta las expresiones religiosas, artísticas, etc.; ello en ese sentido contravenía las corrientes anteriores que limitaba la más amplia libertad a los monarcas que en ese momento eran la norma en el mundo europeo, el mismo que llegaría a su fin con la Revolución Francesa de 1789, el punto de quiebre desde el que las ideas liberales se imponen al antiguo régimen y se desarrollan los siglos siguientes.

Es en ese contexto que se desarrolla un Derecho con ideas liberales, las cuales ya se podían apreciar desde los tratados de Beccaria, imponiendo limitaciones a la actuación estatal y brindando una protección progresiva de derechos fundamentales de la persona, los mismos que hoy en día se han ido agrupando en generaciones que paulatinamente alcanzan un ideal liberal, siendo este el sustento principal de la limitación de la sanción estatal, dejándose esta como el último recurso a utilizar, pues la libertad del ciudadano, del individuo, se impone al poder estatal y este último el que debe entonces servir a los mismos y buscar que el pueblo alcance la felicidad dentro de un sistema normado.

En consecuencia, el Derecho Penal adquiere progresivamente un carácter subsidiario, ya no siendo el principal medio de coacción del Estado para la población, sino

que se transforma en el último recurso del aparato estatal frente a las afrentas más graves de los bienes jurídicos que el espíritu de la sociedad define a través de sus legisladores como los merecedores de la mayor protección, además del propio mantenimiento del Estado y el sistema democrático que se impone con las mismas ideas liberales. Por consiguiente, la subsidiariedad del Derecho Penal se expande hacia un aspecto negativo que impide a este actuar ante las lesiones leves a bienes jurídicos o las que se dan sobre bienes jurídicos que no justifican por sí mismo que el aparato estatal ponga en marcha las sanciones que el Derecho Penal prevé.

Es entonces el contexto actual peruano uno que demuestra un gradual alejamiento de los principios liberales que sostienen el ordenamiento jurídico vigente, pues la subsidiariedad que en su momento brillaba por ser la prueba de la autolimitación estatal, se ve dejada del lado en favor de una desviación funcional de todo el sistema penal, pudiendo ello apreciarse en la tipificación propia de la conducta de incumplir una obligación alimentaria, la cual debe entenderse no desde un punto de vista que critique la obligación *per se*, sino que la considera una problemática pasible de ser resuelta por la justicia civil, empero, el propio Estado Peruano reconoce la inoperancia del sistema de ejecución en vía civil al haber señalado que, ante el incumplimiento del pago ordenado en un proceso civil de pago de la obligación alimentaria, la respuesta estatal admite la redirección al sistema penal⁸² sin requerir previamente la utilización de los medios clásicos de ejecución, tales como lo son los embargos y/o ejecuciones forzadas que reconoce la legislación civil, lo que a su vez violenta el propio derecho alimenticio del menor alimentista pues el desdoble del proceso civil genera dilaciones en perjuicio de la ejecución propia de la sentencia civil, a la misma entonces depender de lo que suceda en el proceso penal.

De la misma forma, se utiliza la presión generada por un pronóstico de la imposición de una pena privativa de libertad como un mecanismo de coacción al sujeto obligado al pago de una obligación alimentaria, en otras palabras, la pena se desnaturaliza y deja del lado su finalidad de prevención a fin de convertirse en un medio de presión para que una sentencia civil sea ejecutada; ello se ve más claramente al haberse incluido la obligatoriedad de que los casos de omisión de asistencia familiar sean tratados en el proceso inmediato, el cual es utilizado a fin de forzar compromisos de pago que concluyan en acuerdos de

⁸² Manuel Bermúdez Tapia, "La capacidad económica de los progenitores en el proceso de alimentos", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 131 (2024): 14.

terminación anticipada o conclusión anticipada, muchas veces siendo tratados tales procesos como medio para que el obligado “encuentre la forma” de conseguir el dinero al que asciende su obligación.

Así, el Estado admite su incapacidad de tutelar un derecho de los alimentistas a recibir la pensión de alimentos por parte de los obligados, pues al redirigir la ejecución de una sentencia civil ante la rebeldía de una de las partes hacia el inicio de un derecho penal, evidencian que el sistema jurídico en su conjunto no funciona adecuadamente⁸³, sino que en un conflicto familiar complejo necesita de múltiples procesos que ni siquiera de forma abstracta pueden justificar una aproximación correcta a los conflictos familiares.

b. La afectación de la fragmentariedad del Derecho Penal

En concordancia con la evaluación de los medios de solución de conflictos, la misma que es abordada en la evaluación sobre la subsidiariedad del Derecho Penal, se ha considerado una evaluación sobre la propia conducta sancionada, ello en consideración de que existen atentados menores contra bienes jurídicos, en contraposición de las más grandes violaciones a estos bienes protegidos; verbigracia, el bien jurídico patrimonial es pasible de ser valorado bajo una figura de cuantía, lo que permite diferenciar conductas consideradas faltas, mientras que cantidades mayores constituyen delitos, en el otro extremo, el homicidio constituye la completa aniquilación del bien jurídico “vida”, mereciendo una respuesta de acuerdo a la gravedad de la misma.

En palabras de Pablo Milanese, “*El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho Penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes. La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho Penal en un Estado social*”⁸⁴, posición bajo la cual es posible reconocer que la conservación del Derecho Penal normado exige que ciertas conductas sean excluidas del ámbito de este, no solo por su naturaleza como lo son los incumplimientos contractuales, sino que por la cuantía como sucede en las afrentas al bien jurídico patrimonio; en ese sentido, la omisión de asistencia familiar en su primera modalidad carece de un parámetro que defina un umbral

⁸³ Manuel Bermúdez Tapia, "El proceso de alimentos: evaluación del derecho, de su determinación y del procedimiento", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 55 (2018): 240.

⁸⁴ Pablo Milanese, "El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima", *Derecho Penal Online*, 9 de marzo de 2005, <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/#:~:text=El%20carácter%20fragmentario%20consiste%20en%20limitar%20la,del%20Derecho%20penal%20en%20un%20Estado%20social.>

mínimo de punibilidad de la acción típica, el que podría definirse en la antes mencionada cuantía o en la extensión de la conducta omisiva, limitándose a señalar tal omisión como la sancionable, lo que equipara a un mismo nivel de punibilidad una omisión prolongada por más de 10 años con la cantidad que ello acumula, a la de unos meses tras la liquidación de devengados.

Si bien es cierto el Código Penal ubica al delito de omisión de asistencia familiar bajo el Título III “Delitos contra la Familia”, definir un bien jurídico tan difuso como lo es la familia conlleva una tipificación carente de precisión pues el capítulo que contiene al delito en cuestión tiene el mismo nombre que el delito “Omisión de Asistencia Familiar”, es decir, no brinda claridad sobre la protección deseada al sancionar la acción típica omisiva tipificada; ante ello se puede señalar que el tipo penal de omisión de asistencia familiar sería uno de peligro abstracto, el cual es descrito por José Cerezo Mir de la siguiente forma:

*“En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la ratio legis, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”*⁸⁵

Por lo tanto, se aprecia que la conducta sancionada refiere a la puesta en peligro del bien jurídico “familia”, no obstante, tal conducta no requiere que el bien en sí mismo haya sido lesionado, o que siquiera pueda serlo con la situación alrededor del caso concreto, sino que un incumplimiento en sede civil, acompañado del respectivo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público ante la ausencia del pago de la liquidación, es suficiente para merecer la incoación del proceso penal, el mismo que inicia con vocación de culminar en un requerimiento acusatorio, solo siendo posible evitar tal resultado de acordarse un pago de la liquidación, o de existir errores formales como las notificaciones en sede civil; es así como el peligro abstracto en el delito de omisión de asistencia familiar existe en el propio adelantamiento de la sanción penal sobre una conducta que en sí misma no ha causado daño ni que exige que se evalúe que pueda causar un daño, ya que en sede penal no se exige exista una revisión de la capacidad del alimentista o de los que se encarguen de este, por lo

⁸⁵ José Cerezo Mir, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo", *Revista de Derecho Penal y criminología* 2da época, n.º 10 (2002): 47.

que la sanción penal surge aun si la omisión no es capaz de generar un daño sobre el bien jurídico “familia”.

De la misma forma, no es posible realizar un correcto análisis del proceso penal por omisión de asistencia familiar sin tener en cuenta que el proceso de alimentos en el ámbito civil se encuentra incorrectamente interpretado por el legislador mismo, ello reflejándose en que el proceso penal derivado del requerimiento de pago tras una sentencia en el proceso civil de alimentos no comparte los mismos fines, evidenciando que el proceso penal refiere a un propósito puramente basado en el cobro de la pensión alimentaria en una modalidad similar a la del cobro de una deuda común, sin tomar en cuenta que *“los alimentos no son solo un aporte económico, porque involucran un elemento de sustento superior que impone a los progenitores, sobre todo, a prestar atención, cuidado, sostén y apoyo a las actividades que desarrollan los alimentistas”*⁸⁶, motivo por el cual el reemplazo de un proceso de ejecución civil por la remisión de copias para el inicio de un proceso por el delito de omisión de asistencia familiar carece completamente de una motivación adecuada que proteja los derechos de los alimentistas y logre amparar sus derechos fundamentales.

Así, se añade que el alimentista, especialmente en los casos de menores de edad que constituyen la mayor cantidad de casos por pensión de alimentos, ve a través de quien actúa en su nombre [mayormente uno de los progenitores] centrarse en el aspecto económico, dejando de lado el aspecto familiar que representa un efecto en el desarrollo psicológico del alimentista menor de edad⁸⁷, notándose nuevamente la ineficacia de un proceso penal como medio de ejecución de una sentencia civil que no abarca un conflicto familiar en su totalidad, lo que no puede ser suplido por la justicia penal.

c. La lesión jurisprudencial: Del reconocimiento de la existencia de medios alternativos a la indefensión en sede penal

La problemática generada alrededor de los límites del Derecho Penal al momento de determinar la responsabilidad del sujeto activo en la subsunción de la conducta desplegada a la conducta típica, ha sido abordada a través de los años por la máxima instancia judicial del país, la Corte Suprema de la República, es de resaltar, no obstante,

⁸⁶ Manuel Bermúdez Tapia, "Los alimentos bajo una perspectiva interseccional", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 94 (2021): 149.

⁸⁷ Manuel Bermúdez Tapia, "Los alimentos bajo la interpretación del interés superior del tutelado", *Gaceta Constitucional*, n.º 67 (2013): 216-217

que las posiciones expuestas han variado a través de los años a posiciones diametralmente opuestas en la *ratio decidendi* utilizada, pues es de apreciar que ha existido una línea jurisprudencial concreta respecto a que la discusión sobre la capacidad de pago debe darse en vía civil y que ello no puede invocarse en sede penal como argumento de defensa, exceptuando casos excepcionales, empero, a su vez se ha reconocido que la conducta típica no tiene mayor utilidad que la de actuar como coacción al sujeto activo para cumplir con el pago.

Es así que, de la revisión de la Consulta N° 13825-2015, Del Santa, se aprecia un caso elevado a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en mérito a la aplicación del control difuso en una instancia inferior, la misma que en su sentencia determinó que al condenado se le podía aplicar una pena suspendida a pesar de ser reincidente, lo que se encuentra proscrito en el numeral 3 del artículo 57° del Código Penal vigente⁸⁸; es en ese contexto, la Sala Suprema analizar los argumentos esgrimidos por la Sala Superior a fin de fundamentar la aplicación del control difuso, haciendo un análisis propio del test de proporcionalidad, siendo este donde señala lo siguiente:

“[...] es notorio que la pena privativa de libertad efectiva de por sí conllevaría en autos a que el imputado se encuentre limitado de seguir con el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de los agraviados, lo que conduce a que el medio o la pena citada como efectiva no fomentaría el cumplimiento del objetivo o lo que se pretende tutelar, de los que se colige que -como lo ha determinado el Ad quem- la ejecución de la pena privativa de libertad no satisface el sub principio de idoneidad; con la citada conclusión arribada sería suficiente para que quede plenamente justificada la inaplicación de la norma penal sub análisis; no obstante, el análisis de los otros sub principios corroboran lo expuesto líneas arriba; efectivamente se observa que la aplicación de la norma penal citada no supera el test de necesidad, en el presente caso en particular, por cuanto existe otras medidas que pueden lograr lo que en abstracto se pretende con ella, esto es, que pueda seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, ya que para alcanzar el objetivo que se pretende existen otras medidas que no resultan limitativa, como lo es la suspensión de la ejecución de la pena efectiva por la de reglas de conducta por un periodo de prueba [...]”⁸⁹

Ante lo expuesto, es de resaltar que la *ratio decidendi* resalta que ello se trata del caso concreto, por lo que debe tomarse en cuenta que el caso expuesto a su vez señala que

⁸⁸ Véase: “El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: [...] 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. [...]”

⁸⁹ Sala de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de marzo de 2016, Consulta N° 13825-2015 (Perú), 8-9.

el sujeto activo de la conducta típica había pagado la obligación alimentaria al momento que la Sala Superior aplica el control difuso, al igual que había pagado la obligación alimentaria de los casos anterior de omisión de asistencia familiar donde había sido condenado [y por los cuales sería reincidente]; es así como el reconocer que existen medidas menos lesivas para asegurar el pago de la obligación alimentaria al analizar el sub principio de la necesidad, y que de por sí la pena privativa de libertad efectiva no cumple con el sub principio de idoneidad en la conducta típica, solo se encontrarían limitados a que el sujeto activo pague la obligación alimentaria, por lo que, el tipo penal no se encontraría protegiendo principalmente el bien jurídico “familia” o al propio amparo familiar, tampoco el cumplimiento de las órdenes judiciales, sino que tendría como único fin conseguir el pago de una obligación alimentaria, pues con lo antes expuesto, en sede penal no es relevante analizar si genuinamente el pago de la obligación alimentaria ampara los derechos del alimentista, sino que solo es relevante el pago en sí mismo; de la misma forma, la ausencia de las garantías fundamentales de los propios menores en los casos de omisión de asistencia familiar en mérito a procesos alimentarios en beneficio de menores, evidencia una clara disposición de la sede judicial de ignorar la constitucionalización del Derecho de Familia⁹⁰ en todas sus expresiones.

En un paralelo a lo antes indicado, la discusión de la capacidad económica del obligado a pagar una pensión alimentaria en sede jurisprudencial ha sido modificada hasta en los casos excepcionales en los que el obligado se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario, ahondando en la incertidumbre recaída sobre la aplicación de la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, máxime si en las sentencias a presentar han concurrido tres magistrados de los cinco totales, firmando recursos que sustentan posiciones contrarias, lesionando la predictibilidad de las decisiones judiciales y el desarrollo de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

En un primer lugar, se debe traer a colación el Recurso de Casación N° 2267-2019, Huancavelica, el mismo que revisa una sentencia confirmada en segunda instancia, la cual aborda a una persona que ha sido condenada en dos ocasiones anteriores por el delito de omisión de asistencia familiar, razón por la cual se le acusa en calidad de habitual al no haber cumplido una tercera vez su obligación alimentaria, siendo condenado con la

⁹⁰ Bermúdez Tapia, "Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal", 148.

agravante de reincidencia en un juzgado de flagrancia y la condena siendo confirmada por la Sala Superior actuando en segunda instancia; así, se aprecia que la Corte Suprema inicialmente confirma que no es posible cuestionar en vía penal la capacidad económica del procesado, mencionando que la incapacidad económica debe ser invocada al momento de que se corre traslado de la demanda civil, no obstante, indica que ello solo es aplicable en casos donde se desarrolla con normalidad la capacidad personal del demandado, por lo que desarrolla lo siguiente del caso concreto en el que el mismo se encontraba en prisión:

“En el caso juzgado, [redactado], al tiempo de ser procesado por el incumplimiento de pago de alimentos que es materia de esta casación, purgaba una condena en un establecimiento penitenciario, esto es, tenía restringida su libertad. Tal circunstancia no brinda las condiciones necesarias para ejercer su capacidad individual de acción y obtener ingresos para cumplir con la orden judicial. Si bien dentro del penal puede desempeñar labores que brinden ingresos, estos son mínimos –como en efecto se tiene en autos, realizó trabajos de carpintería por la suma de S/ 100 (cien soles)– y no se puede exigir el mismo estándar de cumplimiento a un padre encarcelado que a uno que se encuentra en libertad. [...]”⁹¹

Es así que, se puede apreciar que la línea jurisprudencial suprema admite que exista una revisión en sede penal de la capacidad económica de darse situaciones excepcionales que no hayan sido apreciadas en vía civil, ello aun cuando exista un ingreso económico mínimo en el obligado, siempre y cuando la limitación no devenga de las propias acciones de este, es decir, le sea imputable a este la falta de capacidad económica, fundamentando la posición señalada en que el tipo penal de omisión de asistencia familiar no se limita a evaluar el incumplimiento de la sentencia civil, sino que debe evaluar la capacidad de actuar del procesado, abriendo de esa forma la puerta a una revisión en sede penal del análisis de culpabilidad aun en casos donde se hayan analizado los elementos objetivos, es decir, considerando a la omisión de asistencia familiar en su modalidad de incumplimiento como una conducta típica como cualquier otra que no puede ser limitada en su valoración penal y que debe fundarse sobre un juicio de subsunción adecuado.

Es en ese contexto jurisprudencial resalta la emisión del Auto de Calificación del Recurso de Casación N° 816-2023, Amazonas, el cual, por su naturaleza misma de no constituir el desarrollo mismo de la resolución de un recurso de casación, no significa que

⁹¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, 7 de abril de 2021, Recurso de Casación N° 2267-2019 (Perú), 5-6.

posea un contenido que no amerite tomar en cuenta, pues aun siendo solo un auto de calificación, ha sido fundamentado y aceptado por los cinco jueces supremos; es así que el mismo evalúa una situación similar en la que un sentenciado en dos instancias presenta un recurso de casación argumentando explícitamente que el encontrarse en un centro penitenciario impedía el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, por lo que las sentencias se apartaban de lo establecido en el Recurso de Casación N° 2267-2019.

Debe señalarse que el auto de calificación mantiene la posición referente a que la capacidad económica se debe evaluar en sede civil y que tal elemento en sí mismo no constituye un elemento de tipicidad y no puede asumirse como una eximente de responsabilidad, en otras palabras, la Sala Suprema recalca que la capacidad del procesado para pagar la obligación alimentaria no es invocable en sede penal, lo cual en sí mismo amerita una investigación distinta que aborde la problemática señalada; no obstante, al momento de desarrollar los fundamentos jurídicos, la Sala Suprema indica, tras detallar que la Sala Superior ha fundamentado que el encausado tenía la posibilidad de adquirir dinero aun encontrándose en prisión:

*“El principio es que nadie puede sustraerse a una sentencia firme y debe tutelarse al agraviado, No solo no puede exonerarse el pago de lo dispuesto en una sentencia, sino que la cancelación de los ordenado pagar a los más puede modularse en el tiempo, pero sin afectar su plena ejecutabilidad. Además, para que lo alegado por el recurrente surtiera efecto y acreditara su inocencia, debió cuestionar el cumplimiento del pago íntegro de su obligación en el proceso civil que determinó su obligación alimentaria, lo que no ocurrió. En ese sentido no corresponde asumir competencia casacional”*⁹²

Ante ello, se aprecia un claro cambio en la doctrina jurisprudencial respecto a la posibilidad de control de la capacidad económica del encausado en el proceso seguido por la primera modalidad de omisión de asistencia familiar, redirigiéndose esta a una dirección más restrictiva del ámbito de acción del órgano jurisdiccional, aceptando así que la conducta típica no sea valorada penalmente, sino que el proceso en sí mismo por este delito se convierta en una mera extensión del proceso civil y así se constituya como una herramienta para lograr la ejecución de la sentencia civil.

⁹² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, 25 de noviembre de 2024, Auto de Calificación del Recurso de Casación N° 816-2023 (Perú), 2-3.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Ante lo antes expuesto, se ha concluido con la exposición del análisis de la punibilidad y de la lesión causada al principio de mínima intervención en el contexto de la aplicación de la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, por lo cual se procederá a realizar la respectiva contrastación de las hipótesis vertidas al inicio de la investigación, a fin de determinar si las mismas se han acreditado con el análisis desarrollado; lo que se realizará inicialmente sobre las hipótesis específicas con las que se podrá construir la contrastación de la hipótesis general.

1. Contrastación de las hipótesis específicas

a) Las modificaciones relacionadas al delito de Omisión de Asistencia Familiar responden al populismo punitivo.

Tal y como ha sido abordado en el análisis precedente, el populismo punitivo no solo se expresa a través de la emisión de normas por parte del aparato legislativo, sino que involucra toda expresión que a su vez perpetúe tales medidas, razón por la que el concepto de criminología mediática sirve como soporte del sistema en el que se encuentra el Perú, ello en mérito a lo analizado sobre la normativa y el accionar de las instituciones mismas; así, se aprecia que lo señalado por Xina Clara Velásquez Caro⁹³ respecto al objetivo de la tipificación de la conducta presente en la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, correspondería a la acción del populismo punitivo, pues ya no se busca con la norma la efectividad de la utilización de los mecanismos de principio de oportunidad a favor de garantizar la bienestar del alimentista, sino que la norma tiene un enfoque hacia lograr la conclusión del litigio procesal.

Es así como a su vez el análisis jurisprudencial limita el accionar de los operadores de justicia al momento de evaluar las condiciones de cumplimiento del encausado, aun si estas son invocadas por este, evidenciándose que el populismo punitivo no solo se expresa a nivel legislativo, sino que se expande hacia la fijación de criterios jurisprudenciales que se dirigen con el tiempo hacia una visión más restrictiva de las facultades de análisis en sede penal, lo que no solo surge por la presión social que perpetúa el modelo basado en un

⁹³ Xina Clara Velásquez Caro, "La relación entre la aplicación del principio de oportunidad y el delito de omisión a la asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tarapoto, 2019", *Revista Científica Ratio Iure* 1, n.º 2 (2021), <https://doi.org/10.51252/rcri.v1i2.198>.

Derecho Penal cada vez más simbólico, sino que de la misma forma surge desde la modificación de la normativa procesal en mérito a la necesidad del órgano legislativo de presentarse como una entidad que fortalece las medidas para el pago de las pensiones alimentarias, como se aprecia de las modificaciones introducidas mediante la Ley N° 31960 del 18 de diciembre de 2023.

Se acredita entonces que tal modificación que se aprecia nimia a simple vista, posee el objetivo de presionar a los operadores de justicia hacia una aplicación del delito de omisión de asistencia familiar como una instrumentalización del Derecho Penal con el fin de actuar como medio de ejecución de las sentencias civiles en materia de prestación alimentaria, máxime si la propia norma no expresa en sí misma la motivación de los cambios, sino que es el análisis sistemático realizado el que revela que estos dirigen a los operadores de justicia a solicitar la incoación del proceso inmediato, el mismo que a su vez se realiza al recibir elementos que la propia norma considera suficientes para acusar.

Ante lo señalado entonces se aprecia que se tiene acreditada la hipótesis señalada pues la modificación introducida al Código Procesal Penal y al Código Procesal Civil, se han demostrado como herramientas del aparato legislativo a fin de expresar una apariencia de garantizar el pago de prestaciones alimentarias, sin tomar en cuenta los principios penales básicos ni realizar análisis del impacto de las modificaciones; a su vez, se acredita que *“en el ámbito penal, la pésima visión del Derecho de Alimentos ha provocado una legislación derivada de la ideología de género pero que no atiende a los alimentistas [...]”*⁹⁴, sino que la misma responde a una necesidad de generar en la población un escenario donde el incumplimiento es sancionado con la cárcel como una forma de perjudicar al proceso, más que proteger al alimentista.

b) La imposibilidad de realizar una revisión en sede penal de los actuados en sede civil impide que se desarrolle correctamente el proceso penal, conllevando a una inevitable vulneración de los Derechos Fundamentales.

Del análisis detallado de los principios fundantes del Derecho Penal, se ha podido determinar qué principio de mínima intervención no solo se expresa a través del análisis de las subsidiariedad del Derecho Penal como medio de solución estatal de las problemáticas más graves, sino que incluye el análisis de fragmentariedad de cada conducta típica y si la

⁹⁴ Bermúdez Tapia, "Los alimentos bajo una perspectiva interseccional", 152.

misma merece la protección penal, razón por la cual la sola tipificación del incumplimiento del pago de una obligación alimentaria no es justificable ante el modelo penal peruano, pues la conducta sancionada no solo se encuentra tipificada nebulosa e imprecisamente, sino que es una afrenta directa a la necesidad de que exista un sistema uniforme en el país que sostenga el ordenamiento jurídico penal.

Es así como, del análisis legal y jurisprudencial se ha podido corroborar que existe una limitación al Ministerio Público y al Poder Judicial en sus roles en el proceso penal al momento de actuar en el delito de omisión de asistencia familiar, ello en mérito no solo a la obligación que existe en el Código Procesal Penal referente a la utilización del proceso inmediato como la vía determinada para el caso, sino que las modificaciones analizadas generan que los elementos remitidos desde la vía civil en un proceso de alimentos se consideren por sí solos suficientes para emitir una acusación fiscal, ello en mérito a que a través de un desarrollo jurisprudencial se ha tomado una postura contraria a la discusión de los medios remitidos desde la vía civil en el propio proceso penal; es así como se crea una imposibilidad de cuestionar aun circunstancias excepcionales en el proceso penal, sin tomar en cuenta para ello que el forzar que todo cambio respecto a la obligación alimentaria a través de la vía civil, mientras el proceso penal sigue su trámite, vulnera los derechos fundamentales de los encausados, no solo frente a la evidente dependencia de una vía extrapenal sin que ello suspenda el proceso penal, sino que a su vez el limitar un control del cumplimiento de los principios básicos del Derecho Penal atenta contra el debido proceso, posición que se ha institucionalizado en el país.

Es así como, tal como señaló Randy Giancarlo Espinoza Navarro⁹⁵, el vacío presente en la tipificación del delito de omisión de asistencia familiar respecto a la necesidad de acreditar la capacidad económica del procesado impide que estos accedan a una posible eximente de responsabilidad en mérito a una circunstancia que impediría acreditar el dolo en el accionar del procesado; a su vez, se acredita que los avances en la jurisprudencia han limitado un ejercicio correcto de los medios de defensa parte del proceso, como lo son el invocar la incapacidad de cumplir con la obligación alimentaria,

⁹⁵ Randy Giancarlo Espinoza Navarro, "El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y la Afectación a la Carga de la Prueba Respecto a la Capacidad de Cumplimiento del Imputado en el Perú" (Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", 2018), 98, <http://repositorio.unasam.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/82a85b05-3563-4425-bee5-52399ea01098/content>.

vulnerando así los derechos de los procesados, por lo que esta hipótesis se tiene por acreditada en base a lo antes expuesto.

2. Contrastación de la hipótesis general

La activación unilateral de la primera modalidad de Omisión de Asistencia Familiar infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Se aprecia del desarrollo de la presente investigación que el proceso penal iniciado en mérito a la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar no se ajusta a las características establecidas por el ordenamiento jurídico penal, el mismo que exige exista un desarrollo en apego a los principios básicos del propio Derecho Penal, entre los cuales se encuentra la mínima intervención, que se expresa a través de la subsidiariedad y la fragmentariedad del Derecho Penal; así, se ha acreditado el populismo punitivo presente en el sistema jurídico peruano lesiona directamente al principio de mínima intervención al fomentar la emisión, conservación y agravación de normas penales y procesales sin una base concreta, sino que justifica sus decisiones en la necesidad de mostrarse como una entidad que cumple las demandas ciudadanas, sin tomar en cuenta las bases jurídicas que toda función legislativa requiere.

En ese contexto, la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, referido al incumplimiento de la obligación alimentaria, se ha demostrado que mediante modificaciones existe como un mecanismo procesal que, tras la liquidación de los devengados, solo puede ser detenida con el pago del monto establecido al momento de ser analizada en sede penal. En consecuencia, la instrumentalización de la pena como medio de coacción al pago se ve materializada en la jurisprudencia de la más alta corte peruana, marcando las pautas interpretativas en todas las instancias judiciales, máxime si estas perpetúan la posición punitivista referente a la limitación al análisis en sede penal, permitiendo que el proceso se transforme en uno de pura remisión desde la sede civil, en un proceso ejecutivo bajo apremios penales.

Tras contrastar las hipótesis específicas, se acopla a lo desarrollado que la lesión al principio de mínima intervención se materializa en una estructura procesal compleja que ha sido materia de modificaciones por parte de un aparato legislativo y judicial guiado por un ánimo punitivista, no tomando en cuenta en una gran cantidad de ocasiones la coherencia sistémica que necesita el ordenamiento jurídico penal, con ello atentando contra los

derechos fundamentales de los procesados y conduciendo la función legislativa misma a una degradación expresada mayoritariamente en las modificaciones al sistema penal.

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Primera: Se ha determinado que el modelo penal y procesal penal vigente en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra gravemente afectado por la irrupción de una política de populismo punitivo, el mismo que no se ha limitado a encontrar asidero en la instancia legislativa del país, sino que con el pasar de los años se ha extendido hacia los órganos que componen del sistema judicial, logrando una degradación del sistema penal mismo y la inevitable vulneración de los derechos fundamentales tras las modificaciones introducidas en el contexto de perpetuación del modelo populista.

Segunda: Como garantía de todo proceso penal regido por principios fundamentales que garantizan la adecuada aplicación de la normativa en el sistema penal, se ha determinado que la primera modalidad del delito de omisión de asistencia familiar, referente al incumplimiento del pago de la pensión alimentaria, se ha transformado en un proceso lesivo al principio de mínima intervención al haberse limitado la posibilidad de que en sede penal se analice la subsidiariedad del tipo penal mismo en un ordenamiento penal, y la imposibilidad de corroborar que se acredite el principio de fragmentariedad en cualquier caso, en mérito a la característica de ser una extensión de la ejecución del proceso civil.

Tercera: Se ha corroborado que la ausencia de mecanismos de cuestionamiento en sede penal de los elementos remitidos desde la justicia civil conllevan por sí solos a la lesión de derechos fundamentales y de los principios básicos del sistema penal, en mérito a que la necesidad de un pronunciamiento civil bajo la justificación de no interferir en procesos civiles, aún de encontrarse en una situación en la que el encausado invoque elementos que puedan acreditar su ausencia de dolo se encuentra limitada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y por la propia redacción legal del texto proceso penal.

RECOMENDACIONES

1. Si bien el desarrollo de la presente tesis expone a la luz los efectos negativos que haber tipificado la conducta desarrollada en la primera modalidad de omisión de asistencia familiar vigente a la fecha significaría suponer que la acción lógica a seguir es la derogación misma del tipo penal, corresponde señalar que a su vez se señala que toda modificación del ordenamiento jurídico debe ser integral y sistemática, lo que significa a su vez que la solución no puede resumirse en una acción tan drástica y aparentemente simple como el eliminar un artículo del código penal; es así pues que la lesión al principio de mínima intervención no se traduce en que la conducta cuestionada sea una que no merezca reproche del aparato estatal, sino que no corresponde tratarla desde el ámbito penal, debiendo utilizarse medidas alternativas. En ese contexto, inicialmente se recomienda la modificación de la legislación procesal penal respecto al delito de omisión de asistencia familiar en su primera modalidad a fin de permitir que se realice una evaluación completa de la obligación misma y de la capacidad del encausado, sin que ello signifique una alteración de las competencias de la jurisdicción civil en la determinación de una obligación.
2. De la mano con lo antes señalado, corresponde recomendar el fortalecimiento de los órganos civiles en sus capacidades ejecutivas a través de nuevas medidas de coerción, tales como la limitación de derechos menos intrusivos, como el de la emisión de permisos de parte del Estado sin que se haya cumplido las obligaciones civiles previamente; además, tales medidas deben ser introducidas paulatinamente y al mismo tiempo a fin de facilitar una transición adecuada.
3. Aunado a lo señalado, las medidas de transición deben tener como objetivo final el traslado completo de la ejecución de los procesos de alimentos al sistema civil existente, incluyendo los apercibimientos y sanciones correspondientes, lográndose la eliminación de la primera modalidad del tipo penal de omisión de asistencia familiar como último acto a realizar, ello a fin de evitar que una modificación drástica de la legislación cause escenarios de impunidad en los que el incumplimiento de las obligaciones alimentarias no produzca consecuencias penales ni civiles.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, Benjamín. "La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida." *Derecho & Sociedad*, no. 32 (2009): 191–197. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425>.
- Alcocer Huaranga, Wilmer Nino. "Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011". *Derecho y Cambio Social* 12, n.º 42 (2015): 2–56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456411>.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos Una mirada desde el garantismo penal*. Ediciones Legales EDLE S.A., 2013. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila,%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>.
- Baldino Mayer, Nicolás. "El delito de omisión de asistencia familiar: Análisis del tipo objetivo". *Revista Oficial del Poder Judicial* 14, n.º 18 (2022): 173–214. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/82/861>.
- Baratta, Alessandro. "La vida y el laboratorio del derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal". *Doxa*, n.º 5 (1988): 275–95. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10883/1/Doxa5_18.pdf.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015. <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/af38d791-67dc-4a15-808b-f506de60a0a9>.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "El derecho a conocer el nivel remunerativo de la pareja en casos de alimentos". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 6 (2013): 157–163.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "El proceso de alimentos: evaluación del derecho, de su determinación y del procedimiento". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 55 (2018): 233–241.

- Bermúdez Tapia, Manuel. "El proceso y la sentencia de alimentos en la práctica judicial peruana". *Revista de investigación de la Academia de la Magistratura* 6, n.º 10 (2025): 49–60.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "Evaluación de los actores endógenos y exógenos al proceso de alimentos". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 78 (2019): 265–273.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "La capacidad económica de los progenitores en el proceso de alimentos". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 131 (2024): 9–17.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "La debida diligencia en la evaluación del proceso de alimentos". *Actualidad Civil*, n.º 91 (2022): 87–98.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "La despenalización de facto del delito de omisión de asistencia familiar en la jurisprudencia." *Gaceta Civil & Procesal Civil*, no. 122 (2023): 153–164.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "La evaluación del ius puniendi en el Estado". *Actualidad Penal*, n.º 70 (2020): 67–76.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal". *Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú* 3, n.º 3 (2021): 131–56. <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.6>.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "Legitimidad de la legislación en el estado de derecho". En *Derechos humanos: La transformación de la cultura jurídica*. Ediciones Nueva Jurídica, 2018.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "Los alimentos bajo la interpretación del interés superior del tutelado" *Gaceta Constitucional*, no. 67 (2013): 213–217.
- Bermúdez Tapia, Manuel. "Los alimentos bajo una perspectiva interseccional" *Gaceta Civil & Procesal Civil*, no. 94 (2021): 145–158.
- Calderón Beltrán, Javier Edmundo. *La familia ensamblada en el Perú: superando el vacío legal*. Lima: ADRUS D&L Editores S.A.C., 2014.
- Castro Solís, Franz Loney. "La ejecución del apremio corporal ante el incumplimiento de la deuda alimentaria y la desigualdad existente entre esta y la ejecución de sentencia

- privativa de libertad del proceso penal". Trabajo final de graduación, Universidad para la Cooperación Internacional-UCI, 2018. <https://omeka.campusuci2.com/biblioteca/files/original/dbcddfe089d4e621bc645efa8bd24b8c.pdf>.
- Castilla Alva, José Luis. *Código Penal Comentado: Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/04/codigo-penal-peruano-comentado_tomo-i_gaceta-juridica.pdf.
- Castro, Ileana. "El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en relación con los hijos". *Revista Pensamiento Penal*, 2020. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48953-delito-incumplimiento-deberes-asistencia-familiar-relacion-hijos>.
- Cerezo Mir, José. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo". *Revista de Derecho Penal y criminología* 2da época, n.º 10 (2002): 47–72.
- Cillero Bruñol, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." En *Justicia y Derechos del Niño*, 9ª ed. Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2007.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>.
- Congreso de la República. *Código Penal*. Ley 4868. Aprobado el 10 de enero de 1924.
- Congreso de la República. *Disposiciones y sanciones para lo que incumplan en prestar alimentos a un menor de 18 años, o al mayor incapaz, al ascendiente inválido, o al cónyuge indigente no separado legalmente*. Ley 13906. Aprobado el 18 de enero de 1962. <https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1962/Enero/13906.pdf>.
- Corte Suprema de la República del Perú. *Recurso de Casación N.º 1373-2021, Huancavelica*. Resolución emitida el 30 de mayo de 2023.

Corte Suprema de la República del Perú. *Recurso de Nulidad N.º 3004-2012, Cajamarca*. Resolución emitida el 13 de febrero de 2014.

“Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.” Conseil Constitutionnel. 1789. Consultado el 20 de enero de 2026. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Díez Ripollés, José Luis. “El nuevo modelo de seguridad ciudadana.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6, no. 3 (2004). <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

Espinoza Navarro, Randy Giancarlo. "El delito de omisión a la asistencia familiar y la afectación a la carga de la prueba respecto a la capacidad de cumplimiento del imputado en el Perú". Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", 2018. <http://repositorio.unasam.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/82a85b05-3563-4425-bec5-52399ea01098/content>.

Estrada Tanck, Dorothy. “El principio de igualdad ante la ley en el derecho internacional.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, no. 1 (2019).

Ferrajoli, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales.” *Revista Cuestiones Constitucionales*, no. 15 (2006): 113–136.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., 2006.

Gaibor Iza, Paulo César. "Criminología mediática y victimología del miedo- incidencia en la política criminal". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, 2016. <http://hdl.handle.net/10644/4979>.

Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. Madrid: Freeditorial, s.f.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). *Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012–2018*. Extraído de las estadísticas del Poder Judicial. Lima: INEI, 2018.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). *Estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia: una visión desde los registros administrativos*,

- enero–marzo 2024. *Informe Técnico N.º 02 – junio 2024*. Lima: INEI, 2024.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6601150/5738344-estadisticas-de-criminalidad-seguridad-ciudadana-y-violencia-enero-marzo-2024.pdf>
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE). *Informe estadístico abril 2024*. Lima: INPE, 2024.
https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2024/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_abril_2024.pdf
- Iñesta Pastor, Emilia. *La reforma penal del Perú independiente: El Código Penal de 1863*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2005.
<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>
- Jakobs, Günther. "La imputación penal de la acción y de la omisión". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 49, n.º 3 (1996): 835–74. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246513.pdf>.
- “La Declaración unánime de los trece Estados Unidos de América.” Universitat de València. 4 de julio de 1776. Consultado el 20 de enero de 2026.
<https://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVIII/Declaracion.html>.
- Lector Baca, Edgardo Ricardo. "Afectación del derecho a la presunción de inocencia por los medios de Comunicación: Aporte de la Criminología mediática". Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad César Vallejo, 2021. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/62494>.
- Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial 010-93-JUS, y el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, a fin de garantizar la prestación efectiva de la obligación a la asistencia familiar, Ley, aprobado el 23 de noviembre de 2023, artículo 1, <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1365142>
- López-Rodríguez, Alfonso A., González-Gómez, Álvaro, y González-Quinzán, Serafín. “Populismo punitivo y extrema derecha en el espacio ibérico.” *Universitas-XXI* 35 (2021): 103–126. <https://doi.org/10.17163/uni.n35.2021.05>
- Maiguel Donado, Camilo Andrés y Elías Jacob Barrios Márquez. "Reflexiones filosóficas sobre el garantismo penal: abolicionismo y Derecho Penal liberal". En *Realidades*

- contemporáneas desde el enfoque de los derechos humanos*. Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2020. <https://bonga.unisimon.edu.co/server/api/core/bitstreams/19015559-8aa0-49ad-97f3-0395d1f97e4d/content>.
- Mamani Chipana, Lucero Danitza, et al. "Criminología mediática y populismo punitivo en la función legislativa del Perú." *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano* 8, no. 1 (2023).
- Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional, 2019. https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20universal/el_principe_edincr.pdf.
- Medina Frisancho, José Luis. *La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal*. Material Auto Instructivo del curso "Imputación Objetiva." Academia de la Magistratura, 2016.
- Milanese, Pablo. "El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima". *Derecho Penal Online*, 9 de marzo de 2005. <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/#:~:text=El%20carácter%20fragmentario%20consiste%20en%20limitar%20la,del%20Derecho%20penal%20en%20un%20Estado%20social>.
- Mir Puig, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 5, n.º 5 (2003): 1–19. <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05>.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.
- Missiego del Solar, Joaquín Manuel. "Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal a través del tiempo". *Advocatus*, n.º 28 (2008): 343-359. <https://doi.org/10.26439/advocatus2013.n028.4210>
- Nava Tovar, Alejandro. "El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática". *Revista penal México* 1, n.º 18 (2021): 91–105. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7749166>.

- Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas." *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10 (2006). <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf>
- Ortíz Espinoza, Matías Alexis. *El principio de mínima intervención penal: origen y evolución*. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2020. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/177830/El-principio-de-minima-intervencion-penal-origen-y-evolucion.pdf>.
- Peñaranda Ramos, Enrique. "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23 (2000): 289. <https://doi.org/10.14198/doxa2000.23.11>.
- Pérez Arreaga, Kendy Marisol. "Evolución de la teoría del delito". *Revista Diversidad Científica* 1, n.º 1 (2021): 97–104. <https://doi.org/10.36314/diversidad.v1i1.11>.
- Perú. *Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial 010-93-JUS, y el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, a fin de garantizar la prestación efectiva de la obligación a la asistencia familiar*.
- Poder Ejecutivo. *Código Penal*. Decreto Legislativo 635. Promulgado el 3 de abril de 1991. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>.
- Poder Judicial del Perú. *Recurso de Nulidad N.º 3763-2011, Huancavelica*. Emitido el 29 de enero de 2013.
- Refecas, Daniel Eduardo. "Una aproximación al concepto de garantismo penal". *Lecciones y Ensayos* 1, n.º 80 (2004): 159–76. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>.
- Revilla Palacios, Ana María. "La calificación jurídica de la denuncia penal: Problemas y alternativas." *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, no. 5 (2009): 195–205. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/211/267>.
- Ríos Patio, Gino. "La información policial sobre la identidad del imputado: La criminología mediática en el proceso de construcción del enemigo". *Derecho & Sociedad* 1, n.º 52 (2019): 207–218. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7793072>.

- Rodríguez Sánchez, Ángel. "El poder familiar: La patria potestad en el Antiguo Régimen". *Chronica Nova. Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada* 18 (1990): 365–380. <http://hdl.handle.net/10481/58785>.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1ª ed., 1997.
- Sala de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema de Justicia de la República. 23 de marzo de 2016. Consulta N° 13825-2015 (Perú).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de República del Perú. 7 de abril de 2021. Recurso de Casación N° 2267-2019 (Perú).
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, 25 de noviembre de 2024, Auto de Calificación del Recurso de Casación N° 816-2023 (Perú).
- Sánchez Ramírez, Israel Gonzalo. "El incumplimiento de la obligación alimenticia, no es delito, por lo que el cobro de dichas pensiones, solamente debería ser perseguido en el patrimonio del obligado, o en su defecto, terminar judicialmente en la insolvencia del mismo, por lo que debería reformarse el código de la niñez y adolescencia". Tesis previa a optar el grado de Abogado, Universidad Nacional de Loja, 2012. <https://dspace.unl.edu.ec/items/0f2a6498-7f79-4655-8dd8-3c3c82063da2>.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- Suárez Blázquez, Guillermo. "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.º 36 (2014): 159–187. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552014000100005>.
- Schünemann, Bernd. "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal." Conferencia en la Universidad Complutense de Madrid, 10 de abril de 1991. Múnich: Universidad de Múnich.
- Torres Campos, Jhordy Michel. "La vulneración al principio de mínima intervención del Derecho Penal en relación a la posesión mínima de dos o más tipos de drogas". *Chornancap Revista Jurídica* 1, n.º 1 (2023). <https://doi.org/10.61542/rjch.17>.

Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del Exp. N.º 01817-2009-HC/TC*. 7 de octubre de 2009.

Tuori, Kaarlo. "Ultima Ratio as a Constitutional Principle." *Oñati Socio-legal Series* 3, no. 1 (2013): 6–20. <http://ssrn.com/abstract=2200869>.

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. T. 1. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

Vallejo, Beatriz de la Gándara. "Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de Jakobs". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, 363–386.

Velásquez Caro, Xina Clara. "La relación entre la aplicación del principio de oportunidad y el delito de omisión a la asistencia familiar, en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tarapoto, 2019". *Revista Científica Ratio Iure* 1, n.º 2 (2021): 59–75. <https://doi.org/10.51252/rcr.v1i2.198>.

Vinelli Vereau, Renzo Antonio y Aitana Sifuentes Small. "¿Debe tenerse en cuenta la capacidad económica del sujeto obligado en la tipicidad del delito de omisión a la asistencia familiar?" *IUS ET VERITAS*, n.º 58 (2019): 56–67. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.003>.

Welzel, Hans. *Derecho Penal: Parte General* Traducido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Editorial Roque DePalma, 1956.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Recensión a la palabra de los muertos. Conferencias sobre criminología cautelar." *Revista Crítica Penal y Poder*, no. 2 (2012).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Criminología académica y mediática: construcción de miedos, masacres y enemigos." *Revista Interferencia*, no. 2 (2012).

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito." *Nuevo Foro Penal* 12, no. 16 (2017): 979–994. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521>

ANEXO

Matriz de Consistencia

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS
<u>GENERAL:</u> • ¿Es la activación unilateral de la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar una violación al principio de mínima intervención?	<u>GENERAL:</u> • Determinar si se infringe el principio de intervención mínima por la activación unilateral de la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar.	<u>GENERAL:</u> • La activación unilateral de la primera modalidad de Omisión de Asistencia Familiar infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal
<u>ESPECÍFICOS:</u> • ¿Han sido las modificaciones al delito de Omisión de Asistencia Familiar en su primera modalidad una expresión del populismo punitivo? • ¿De qué forma se afecta qué no sea posible realizar una revisión en sede penal de los actuados remitidos desde los procesos civiles en el marco del proceso de incoación de proceso inmediato de la primera	<u>ESPECÍFICOS:</u> • Describir las modificaciones relacionadas a la primera modalidad del delito de Omisión de Asistencia Familiar como expresión del populismo punitivo. • Establecer de qué manera afecta la imposibilidad de realizar una revisión en sede penal de los actuados en sede civil en el marco de la incoación de la primera modalidad	<u>ESPECÍFICAS:</u> • Las modificaciones relacionadas al delito de Omisión de Asistencia Familiar responden al populismo punitivo. • La imposibilidad de realizar una revisión en sede penal de los actuados en sede civil impide que se desarrolle correctamente el proceso penal, conllevando a una inevitable vulneración de

modalidad del delito de omisión de asistencia familiar?	del delito de omisión de asistencia familiar.	los derechos fundamentales.
---	---	-----------------------------