

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN**  
**ESCUELA DE POST GRADO**



---

**PODER PUNITIVO ESTATAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA  
ASISTENCIA FAMILIAR Y SU RELACIÓN CON EL INTERES  
SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DEL  
DISTRITO JUDICIAL DE HUANCABELICA - 2015**

---

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER  
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**TESISTA: JOB JOSUÉ PERÉZ VILLANUEVA**

**HUANUCO - PERÚ**

**2017**

## **DEDICATORIA**

A Jemima, Onice, keren, Diego, Fausto y Amira, mis hijos.

A Fausto y Zenovia, mis padres, por su dedicación, cuidado y educación dada.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Escuela de post Grado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, por acogerme académicamente, a fin de dar sustento a este proyecto académico.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene el objetivo de determinar si en nuestro marco penal, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar(OAF), estando a su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del denominado principio del Interés Superior del Niño (PISN) en lugar de contribuir con esta; para lo cual se utilizó el tipo de investigación aplicada, nivel de investigación descriptivo – explicativo, método de investigación: exegético, sistemático y sociológico, con un diseño no experimental – transversal, muestra poblacional constituida por 10 expedientes sobre el delito de OAF, técnica de recolección de datos fue el análisis documental y como instrumento la ficha de registro de datos, la validación se realizó mediante el método conocido como juicio de expertos y la confiabilidad se realizó mediante el coeficiente de alfa de Cronbach, el procesamiento, análisis e interpretación de resultados se realizó siguiendo el proceso estadístico; resultados: se obtuvo un coeficiente de confiabilidad de 0.54, por lo que el instrumento de recolección de datos es aceptable; en el 100% de los expedientes revisados sobre delito de OAF, no existe motivación al desarrollo: físico, moral, espiritual y social del niño (incluso cuando es imperativo dar las razones de las conclusiones). Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo físico del niño se ha desnaturalizado relacionado al PISN; el 100% de las sentencias sobre delito de OAF no ha desarrollado la interpretación iusnaturalista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica incidida por el Derecho Penal ius-positivista y legalista; de este modo llegamos a las siguientes conclusiones: De acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo, el delito de OAF, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del PISN en lugar de contribuir con esta, en los casos resueltos de delito de OAF en la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica – 2015; los principales fundamentos de interpretación jurídica que causan que la conducta de omitir asistir con deberes familiares contenidas en una sentencia civil haya obtenido una connotación penal son el desembalse de las instituciones civiles, en sus interpretaciones legalistas y positivistas, siendo estas ineficientes en la solución

del –cumplimiento- de dicha sentencia civil, por lo que se decide “huir” hacia el derecho penal a fin de dar solución a este tipo de problemas, tomando como base las sanciones para quienes incumplen el mandato judicial. En la actualidad en el ámbito jurisdiccional peruano el tema de la OAF, viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al PISN como: los derechos de desarrollo físico, moral, espiritual y social; debido a que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica solo se basa en lo importante que es el cumplimiento del pago de la pensión, considerándose únicamente como pago monetario, de este modo desplazando a un segundo plano los derechos fundamentales del desarrollo del menor. Por otro lado, es fundamental el hecho que nuestra Constitución Peruana admite la sanción penal por el incumplimiento del mandato judicial respecto a las prestaciones económicas que debe de cumplir el alimentista, así el delito de OAF, tiene su génesis en el derecho natural, su incumplimiento se declara en el derecho civil, y se viabiliza su punición constitucionalmente, digamos, por motivo que fluye de presiones socio – políticas.

**Palabras claves:** Perú, Omisión a la Asistencia Familiar, incumplimiento de obligaciones alimenticias, Interés Superior del Niño, prisión por deudas.

## SUMMARY

The purpose of this research work is to determine if in our criminal framework the crime of **omission to family support**, being interpreted legally as it is, jurisdictional activity and socio-political aspects alter the entitled **principle of best interest of the child** instead of contributing with it; which is why applied research was used, level of descriptive-explanatory research, research method: exegetic, systematic, and sociological with non-experimental cross-sectional design, a population sample of 10 files about **omission to family support**, the data collected method was documentary analysis and as instrument the datasheet, validation was performed using the well-known expert judgment method, and reliability was performed using the Cronbach's alpha coefficient, the processing, analysis, and interpretation of results was performed following the statistical process; results: We obtained a confidence coefficient of 0.54, thus the instrument of data collection is acceptable, 100% of the reviewed files about omission to family support, There is no motivation for development: physical, moral, spiritual, and social interaction of the child (even when it is imperative to offer reasons of such conclusions). Therefore, we can state that the right to physical development of the child has been altered on the best interest of the child, 100% of the OAF offenses has not developed the naturalistic interpretation. Therefore, we can state that the Criminal Settlement Chamber of Huancavelica Judicial District took as reference in the sentences on offense of OAF the legal interpretation influenced by ius-positivist and legalistic Criminal Law; this way we have come out with the following conclusions: Based on the results gathered on this research work, the offense of OAF, on its legal interpretation, jurisdiction and socio-political aspects alters the protection of the PISN rather than contributing with it. In the cases resolved by OAF in the Criminal Clearing Chamber of the Judicial District of Huancavelica – 2015. The main grounds of legal interpretation that cause the behavior of omission attending family duties included in a civil sentence has obtained a criminal connotation that is the unloading of civil institutions. In their legalistic and positivist interpretations, being ineffective in the solution of the - compliance- of said civil sentence, so it is decided to "flee" to criminal law to solve this type of problem, based on the sanctions for those who offend the court order. Now, in the Peruvian jurisdictional area, the OAF issue has been altering important integral rights related to the PISN as: the rights of physical, moral, spiritual, and social development; because the Criminal Clearing Chamber of the Judicial District

of Huancavelica is based only on the importance of compliance with the payment of the pension, considered solely as monetary payment, thereby shifting the fundamental rights of the child's development as secondary. On the other hand, it is essential the fact that our Peruvian Constitution admits the criminal sanction for breach of the judicial mandate with respect to the economic benefits that must be met by the food, as well as the crime of OAF, has its genesis in the natural right, its non-compliance is declared in civil law, and its punishment is constitutionally viable, say, for reasons flowing from socio - political pressures.

**Key words:** Perú, Omission to Family support, breach of maintenance obligations, Best Interest of the Child, prison for debts.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación presenta y explica acerca del “PODER PUNITIVO ESTATAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y SU RELACIÓN CON EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCVELICA - 2015”. En la investigación se develó que los jueces de la sala penal liquidadora en el caso de delitos de OAF, imponen sanciones penales, con la finalidad de hacer cumplir el pago de pensiones alimentarias contenidas en la resolución del juez civil, tomando como base las sanciones dictaminadas de acuerdo al código penal por el incumplimiento del mandato judicial<sup>1</sup>, respecto a lo mencionado basándose solo al pago monetario, desplazando de este modo a un segundo plano, que incluso se – olvidan- los derechos fundamentales del desarrollo: físico, moral, espiritual y social del niño; y los fundamentos punitivos de la existencia del delito de OAF, de esta manera se vienen desnaturalizando la protección del PISN.

El presente trabajo de investigación se divide en IV capítulos: en el capítulo I se presenta el planteamiento del problema, formulación de los problemas, objetivos y justificación, viabilidad y limitaciones; en el capítulo II se presenta los trabajos que se realizaron referente al trabajo que se desarrolló, bases teóricas, hipótesis, definición de términos, identificación de variables y operacionalización de variables; en el capítulo III se presenta la metodología de investigación que se utilizó como: ámbito de estudio, tipo de investigación, nivel de investigación, método y diseño de investigación, población, muestra y muestreo, la técnica, análisis e interpretación de los datos recolectados; en el capítulo IV se presentan los resultados obtenidos como: presentación, análisis e interpretación de resultados, prueba de hipótesis, discusión de resultados. Para finalmente ofrecer las conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos.

---

<sup>1</sup> Código Penal, Perú. Art. 149. El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

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

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte. Tomado de: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp> 03-03-2017



# ÍNDICE

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Summary	vi
Introducción	viii
Índice	ix
Índice de tablas	xii
Índice de figuras	xiii
<b>CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>14</b>
1.1. Descripción del Problema	14
1.2. Formulación del Problema	18
1.2.1. Problema General	18
1.2.2. Problemas Específicos	18
1.3. Objetivos	19
1.3.1. Objetivo General	19
1.3.2. Objetivos Específicos	19
1.4. Hipótesis	19
1.4.1. Hipótesis General	19
1.4.2. Hipótesis Específicas	20
1.5. Identificación de Variables	20
1.6. Operacionalización de las variables e indicadores	21
1.7. Justificación e importancia	22
1.7.1. Epistemológica.	22
1.7.2. Teórica.	22
1.7.3. Social.	22
1.7.4. Metodológica.	23
1.8. Viabilidad	23
1.9. Limitaciones	23
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b>	<b>24</b>
2.1. Antecedentes:	24
2.1.1. Evidencia Internacional.	24
2.1.2. Evidencia Nacional.	26
2.2. Bases Teóricas	26
2.2.1. Naturaleza jurídica del delito de omisión a la asistencia familiar.	26
2.2.2. Omisión a la asistencia alimentaria, respecto a las filosofías jurídicas en el desarrollo histórico en la legislación peruana.	27
2.2.3. El Interés Superior del Niño.	40

2.2.4.	Convenio sobre los derechos del Niño e interés Superior del Niño.	41
2.2.5.	Interpretación iusnaturalismo y positivismo jurídico.	52
2.2.6.	Prisión por deudas en el Derecho Constitucional.	60
2.2.7.	La obligación alimentaria e Interés Superior del Niño.	64
2.2.8.	Alimentos y el delito de Omisión de la Asistencia Familiar.	69
2.3.	Definiciones Conceptuales	70
<b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO</b>		<b>74</b>
3.1.	Tipo de Investigación	74
3.2.	Nivel de Investigación	74
3.3.	Método de Investigación	75
3.4.	Diseño y esquema de la Investigación	76
3.4.1.	Diseño de investigación.	76
3.4.2.	Esquema de la investigación.	76
3.5.	Población, Muestra y Muestreo	76
3.5.1.	Población.	76
3.5.2.	Muestra.	77
3.5.3.	Muestreo.	77
3.6.	Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	78
3.6.1.	Técnicas de recolección de datos.	78
3.6.2.	Instrumento de recolección de datos.	78
3.7.	Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos	79
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS</b>		<b>81</b>
4.1.	Presentación, análisis e interpretación de Resultados	81
4.1.1.	Confiabilidad del instrumento.	81
4.1.2.	Presentación, análisis e interpretación de resultados.	82
4.2.	Presentación y contrastación de las hipótesis secundarias	95
4.2.1.	Presentación y contratación de la primera hipótesis secundaria.	95
4.2.2.	Presentación y contrastación de la segunda hipótesis secundaria.	97
4.2.3.	Presentación y contrastación de la tercera hipótesis secundaria.	101
4.3.	Presentar la prueba de hipótesis general.	104
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE RESULTADOS</b>		<b>106</b>
5.1.	Presentar la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas	106
5.2.	Presentar la contrastación de la prueba de hipótesis general en base a la prueba de hipótesis	107
5.3.	Presentar el aporte científico de la investigación	108
<b>Conclusiones</b>		<b>109</b>
<b>Sugerencias</b>		<b>111</b>
<b>Bibliografía</b>		<b>112</b>

Anexos

**ror! Marcador no definido.**

**¡Er**

# ÍNDICE DE TABLAS

## Tablas

Tabla 1 Operacionalización de variables .....	21
Tabla 2: Datos obtenidos de la prueba piloto.....	81
Tabla 3: Motivación al desarrollo físico del niño .....	82
Tabla 4: Motivación al desarrollo moral del niño.....	83
Tabla 5: Motivación al desarrollo espiritual del niño.....	84
Tabla 6: Motivación al desarrollo social del niño.....	85
Tabla 7: Motivación al desarrollo integral del niño .....	86
Tabla 8: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación lusnaturalista .....	87
Tabla 9: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista.....	88
Tabla 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral .....	89
Tabla 11: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria .....	90
Tabla 12: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista.....	91
Tabla 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria .....	92
Tabla 14: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado ..	93
Tabla 15: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda...	94
Tabla 16: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación lusnaturalista .....	95
Tabla 17: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspositivista .....	96
Tabla 18: Motivación al desarrollo físico del niño .....	97
Tabla 19: Motivación al desarrollo moral del niño.....	98
Tabla 20: Motivación al desarrollo espiritual del niño.....	98
Tabla 21: Motivación al desarrollo social del niño.....	99
Tabla 22: Motivación al desarrollo integral del niño .....	100
Tabla 23: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria .....	101
Tabla 24: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado	102
Tabla 25: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.	103
Tabla 26: Resultados del análisis documental de los expedientes del delito de OAF. .	105
Tabla 27: Suma total de los resultados y resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño. ....	105
Tabla 28: Intervalo de la diferencia de resultados para que se desnaturalícela protección del interés superior del niño .....	105
Tabla 29: Resultados del análisis documental de los expedientes del delito de OAF. .	107
Tabla 30: Suma total de los resultados y resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño. ....	107
Tabla 31: Intervalo de la diferencia de resultados para que se desnaturalícela protección del interés superior del niño .....	108

## ÍNDICE DE FIGURAS

### Figuras

Figura 1: Distrito Judicial de Huancavelica - Google Earth. ....	18
Figura 2: Procesos para efectuar análisis estadístico - fuente (Hernandez Sampiere, Fernadez Collado, & Baptista Lucio, 2006) .....	79
Figura 3: Motivación al desarrollo físico del niño .....	82
Figura 4: Motivación al desarrollo moral del niño.....	83
Figura 5: Motivación al desarrollo espiritual del niño .....	84
Figura 6: Motivación al desarrollo social del niño .....	85
Figura 7: Motivación al desarrollo integral del niño.....	86
Figura 8: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación lusnaturalista .....	87
Figura 9: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista .....	88
Figura 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral.....	89
Figura 11: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria .....	90
Figura 12: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista .....	91
Figura 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria .....	92
Figura 14: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado ..	93
Figura 15: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda..	94
Figura 16: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación lusnaturalista ....	95
Figura 17: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista .....	96
Figura 18: Motivación al desarrollo físico del niño .....	97
Figura 19: Motivación al desarrollo moral del niño.....	98
Figura 20: Motivación al desarrollo espiritual del niño .....	99
Figura 21: Motivación al desarrollo social del niño .....	100
Figura 22: Motivación al desarrollo integral del niño.....	101
Figura 23: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria .....	102
Figura 24: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado	103
Figura 25: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.	104

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.1. Descripción del Problema

En la actualidad, nuestra (Constitución Política del Perú, 1993) señala: Como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que *"no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios"*.<sup>2</sup>

En ese sentido, en (Sentencia del Tribunal Constitucional, 1428-2002), los jueces constitucionales consideran que cuando el literal "c", del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución prohíbe prisión por deudas, se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. Sin embargo, la única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del *incumplimiento de deberes alimentarios*, como fundamento de esta selección al tipo penal, es porque están en medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.

Así, el precepto constitucional proscribiendo prisión por deudas y la garantía que ella contiene, dice el tribunal que, -no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria-. Anota además que en tal supuesto, *"no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados."*

Ahora, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar (OAF en adelante), así como, el denominado principio de *interés superior del niño* (PISN en

---

<sup>2</sup> literal "c", del inciso 24), del artículo 2°, Constitución Política 1993, Perú.

adelante), son dos conceptos e instituciones legales que parecieran inicialmente guardar una relación de integración. Aseveramos esto en tanto el Estado al ejercer su *ius puniendi* sobre el deudor con la resolución de prisión efectiva (incluso con su sola posibilidad legal), buscaría amparar el PISN; sin embargo en los hechos, consideramos, que lo que se perseguiría en realidad implícitamente es el castigo por el *no pago* de la deuda por alimentos.

Por tanto, creemos que lejos de estar frente a una suerte de integración, consideramos que estamos frente a una *omisión* parcial respecto del PISN entendido desde la perspectiva de los *Derechos del Niño* en tanto, si bien se puede cumplir con el ámbito del derecho a la asistencia económica, juzgamos que se restringe la expectativa latente del ejercicio de otros importantes derechos como el de visita o de interrelación padre e hijo, (éstos como desarrollo del principio de afectividad) por lo que (Varsini Rospigliosi, 2011) aborda la teoría del efecto disuasorio, incluso al nivel de principio, lo cual es seguido por muchos de sus colegas brasileños. Afecto, intensión, querer es lo que motiva la base de un vínculo familiar hasta llegarse a judicializarse. En esa tónica reconoce la necesidad convivencia del hombre a fin de poder satisfacer en y con los otros sus necesidades al tratar la convivencia familiar. Es en este sentido que aclaramos que al hacer mención del término *omisión* es porque en el ámbito de la realidad lo que se está logrando es que se *omita* el citado interés en sus llamados derechos integrales (Ameghino Bautista, 2009), pues el Estado al solo circunscribirse a materia económica su motivación resolutoria, así bloquea una expectativa latente del ejercicio de otros derechos primordiales en la fase de la niñez.

Es de esta manera que discurrimos que el denominado PISN, como contenido de derechos integrales, no debe restringirse al solo hecho de una necesidad *pecuniaria*; sino que debe considerar las otras necesidades que comprenden parte del devenir natural del *ser niño* las cuales vienen siendo positivizadas desde la *Declaración de los Derechos del Niño* en 1959 y sustentadas posteriormente tres décadas después en 1989 con la *Convención de los Derechos del Niño*. A decir de la psicóloga italiana (Fanlo Cortes, 2008), este conjunto de derechos de los que son titulares los niños son el fruto progresivo del descubrimiento de una particular atención cultural

y social respecto de la *niñez* como fase específica de la existencia humana, la cual es merecedora de una atención especial.

Por tanto desde nuestra perspectiva, cuando nuestra práctica jurídica nacional—en buena parte estimulada por el interés de las partes al remitirnos al citado PISN lo restringe a un sinónimo de *exigencia de derechos materiales*, lo que hacen es desmerecer la prioridad a otros derechos conculcados como el sentido de protección, afectividad, figura paterna, sustento moral, entre otros.

Es de esta manera que el PISN y más aún, manifestamos los *Derechos del Niño* en general comprenden un conjunto de contenidos que el poder punitivo, tuvo presente al seleccionar dicha conducta omisiva como delito, no así ya en la ejecución punitiva, no los reconoce, por lo que debería de tener presente y evaluar cuando se enfrente a la posibilidad de restringir la libertad, pues la problemática se configura cuando manifestamos que existen otros derechos diferentes al solo interés económico y que, por restringirse al cumplimiento de este, podrían terminar por agredir el desarrollo integral del niño pues si bien se puede manifestar que existe una suerte de *progresión* respecto de la atención legal (con la dación de leyes y garantías dadas) todo este conjunto normativo (y la aplicación de ésta) debe de apuntar como horizonte común al menor que bio - estructuralmente está en una constante evolución hacia la independencia integral.

Sin embargo recalcamos que este delicado camino evolutivo no sólo lo posibilita lo económico, sino la interrelación básica entre padres e hijos. Un ejemplo que sustenta nuestra postura de que no basta con el factor pecuniario lo representa aquellos niños que pueden ostentar una economía suficiente pero que no cuentan con la presencia física (total o parcial) de sus progenitores o tutores, hecho que puede generar trastornos irreversibles en su desarrollo.

Es así que pretendemos demostrar con el presente estudio, que nuestro actual poder punitivo estatal viene aplicando *la posibilidad constitucional del prisión por omitir la asistencia pecuniaria familiar*, sin desarrollar de un modo preciso y estructurado el contenido integral del PISN, ya que funda su razón de ser en proteger o lograr el pago de una deuda por



alimentos y descuida desde nuestra perspectiva el cuidado del *interés superior del niño*, como anota el doctor en Derecho por la Complutense de Madrid, (Aguilar Carvallo, 2008) al respecto: “*En realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.*”

Cabe reiterar respecto a nuestro título, decimos que la estructura punitiva del estado a través de la *posibilidad* constitucional de imponer la pena privativa de libertad al deudor por alimentos, lo que vienen realizando en la práctica es precisamente: Una *omisión* a gran parte del contenido conceptual del PISN, dado que, al romper la regla de «*no hay prisión por deudas*», traslada una responsabilidad civil, convirtiéndola en responsabilidad penal, así trastoca y desordena una exigencia moral, en una exigencia del deber por imposición punitiva. Creemos que las instituciones civiles, como el deber de alimentar, cuyo contenido entendemos no es el sólo alimento material, sino un conjunto más amplio de deberes, que a decir de la propia lógica diaria, es que el niño se alimenta entre otros, de la simple relación y exposición paternal por ejemplo, su mundo no está revestido de valores patrimoniales, sino de expresiones de sentimiento palpable, como el abrazo entrañable de un rencuentro diario.

Sin temor a equivocarnos, la excepción a la regla de prisión por deuda alimentaria, contiene presupuestos indirectos de cuidado sólo de la parte patrimonial del PISN, llevando en sí, la punición de una conducta que contraviene intereses de los adultos, como es generalmente la posibilidad monetaria de cumplir con el 50%, del deber de alimentar exigencia civil de acuerdo<sup>(3)</sup>, como tal deberá de exigir su cumplimiento dentro de las instituciones civiles, sólo así no interferirían contenidos elevados del PISN.

---

<sup>3</sup>. CÓDIGO CIVIL PERUANO: ARTÍCULO 234.- Definición del matrimonio e igualdad de los cónyuges. ... El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y **responsabilidades iguales**. ARTÍCULO 235.- Obligaciones de los padres e igualdad entre los hijos. Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores **según su situación y posibilidades**.



Figura 1: Distrito Judicial de Huancavelica - Google Earth.

## 1.2. Formulación del Problema

### 1.2.1. Problema General

¿Se puede aducir que el denominado *delito de omisión a la asistencia familiar* en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del *interés superior del niño* en lugar de contribuir con esta?

### 1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuáles son los fundamentos de ***interpretación jurídica*** que causaron que la *omisión a la asistencia familiar* haya obtenido connotación penal?
- Qué derechos integrales relacionados al interés superior del niño se puede considerar que se vienen desnaturalizando en la ***actual actividad jurisdiccional*** en casos que vinculan la Omisión a la Asistencia Familiar?
- Si se establece que el deber de alimentar a los hijos nace en el derecho natural y su cumplimiento se materializa en el derecho civil; ¿Son los ***factores socio-políticos***, por los que constitucionalmente se posibilita su sanción penal?

### 1.3. Objetivos

#### 1.3.1. Objetivo General

Determinar si en nuestro marco penal, el delito de omisión a la asistencia familiar, estando a su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.

#### 1.3.2. Objetivos Específicos

- Describir los fundamentos de **interpretación jurídica** que causaron que la omisión a la asistencia familiar haya obtenido connotación penal.
- Evaluar qué derechos integrales relacionados al interés superior del niño se puede considerar que se vienen desnaturalizando en la **actual actividad jurisdiccional** en casos que vinculan la Omisión a la Asistencia Familiar.
- Desarrollar dogmática jurídica al establecer, que el deber de alimentar a los hijos nace en el derecho natural y su cumplimiento se materializa en el derecho civil; desentrañando que los **factores socio-políticos**, constitucionalmente posibilita su sanción penal.

### 1.4. Hipótesis

#### 1.4.1. Hipótesis General

Ha: El delito de *omisión a la asistencia familiar*, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del *interés superior del niño* en lugar de contribuir con esta.

Ho: El delito de *omisión a la asistencia familiar*, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos NO desnaturaliza la protección del *interés superior del niño* en lugar de contribuir con esta.

### 1.4.2. Hipótesis Específicas

Ha1: Los principales fundamentos de ***interpretación jurídica*** que causarían que la Omisión a la asistencia familiar haya obtenido una connotación penal serían el desembalse de las instituciones civiles, en su interpretación ius positivista, por lo que decide “huir” hacia el derecho penal.

Ha2: En el ámbito jurisdiccional peruano podemos argumentar que la ***actual actividad jurisdiccional*** en los que se vincula el tema de la Omisión a la asistencia familiar, se viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al interés superior del niño, como los derechos de desarrollo físico, moral. Espiritual y social. No solo derechos pecuniarios.

Ha3: Podemos argumentar que la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión de un deber que si bien nace en el derecho natural y su cumplimiento llega a materializarse en el derecho civil por motivo que fluye de presiones ***socio-políticas***.

### 1.5. Identificación de Variables

- Variable Independiente: Interés Superior del niño
- Variable dependiente: Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

## 1.6. Operacionalización de las variables e indicadores

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INSTRUMENTO	CALIFICACIÓN		ESCALA
VARIABLE DEPENDIENTE	Analizar las sentencias de la Sala Penal Liquidadora; sobre los aspectos físicos y emocionales del menor	Desarrollo Físico del Niño	Se motiva respecto al desarrollo físico del niño	¿Existe motivación al desarrollo físico del niño?	ANÁLISIS DOCUMENTAL	SI	NO	Nominal
		Desarrollo Moral del Niño	Se motiva respecto al desarrollo moral del niño	¿Existe motivación al desarrollo moral del niño?		SI	NO	Nominal
		Desarrollo Espiritual del Niño	Se motiva respecto al desarrollo espiritual del niño	¿Existe motivación al desarrollo espiritual del niño?		SI	NO	Nominal
		Desarrollo Social del Niño	Se motiva respecto al desarrollo social del niño	¿Existe motivación al desarrollo social del niño?		SI	NO	Nominal
		Desarrollo Integral del Niño	Se motiva respecto al desarrollo integral del niño	¿Existe motivación al desarrollo integral del niño?		SI	NO	Nominal
VARIABLE INDEPENDIENTE	Analizar las sentencias de la Sala Penal Liquidadora sobre la Omisión a la Asistencia Familiar	Factores Interpretación Jurídica	Interpretación iusnaturalista Interpretación positivista	¿Es efectiva interpretación jurídica con respecto a la Omisión a la Asistencia Familiar?	ANÁLISIS DOCUMENTAL	SI	NO	Nominal
		Factores Actividad Jurisdiccional	Protección integral Protección utilitarista Protección legalista	¿Es efectiva los factores de actividad jurisdiccional en los 3 ámbitos de protección?		SI	NO	Nominal
		Factores Socio Políticos	La excepción prisión por deuda alimentaria. Fin ejemplarizador del penado. Aseguramiento de una deuda.	¿Son efectivas los factores socio políticos?		SI	NO	Nominal

Tabla 1 Operacionalización de variables

Fuente: elaboración propia

## **1.7. Justificación e importancia**

### **1.7.1. Epistemológica.**

Epistemológicamente dentro del campo de la filosofía el tema de investigación es relevante porque se sustenta en la medida de los resultados obtenidos, su procedimiento, aplicación e interpretación, contribuirá al desarrollo jurídico, dentro del Derecho Penal, sirviendo como antecedente para otros investigadores que deseen trabajar en este tema, permitiendo de esta manera ajustar las respuestas jurídicas a las necesidades particulares, del niño, de los litigantes o afectados, mediante las oportunas sugerencias y aportes científico del autor con el desarrollo de la presente tesis.

### **1.7.2. Teórica.**

El tema de investigación es relevante teóricamente porque, si bien el Código Penal en su artículo N° 149, funda la pena de prisión por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, dada por la excepción a la regla constitucional, que no hay prisión por deudas, salvo cuando el juez lo ordene por los casos de omitir el deber de asistencia alimentaria. Asunto viabilizado por la constitución en su artículo 2 inc. 24, apart. "C", éste imperativo constitucional, establece la base de la pena privativa de libertad, por un delito cuyo origen es precisamente omitir dar alimentos, que en los hechos se traduce en el pago dinerario por el mismo, esto es una deuda.

### **1.7.3. Social.**

El tema de investigación es relevante socialmente al establecer un problema social, en el período enero 2011-junio 2012, unos 5,169 padres peruanos fueron detenidos por no pagar la pensión alimenticia de sus hijos, según datos de la (Fiscalía de la Nación, 2013), este hecho es relevante socialmente, sin embargo detrás de éstas cifras existen un número mayor de hijos que posiblemente no vienen recibiendo el cuidado a ese denominado – interés superior del niño-, sino que se vienen mermando derechos inherentes a éste principio.

#### **1.7.4. Metodológica.**

El presente trabajo de investigación es relevante metodológicamente, porque se tendrá como referencia para posteriores investigaciones sobre el tema el diseño, construcción y validación del instrumento.

#### **1.8. Viabilidad**

Este proyecto es viable en la medida en que todo el acervo documental llámense doctrina relevante, piezas jurisdiccionales, sentencias, etc.; fueron de acceso oportuno, de la misma manera el apoyo que se tuvo por parte del asesor, de los operadores jurídicos, especialistas legales, los que hicieron que el presente trabajo se perfile como importante.

#### **1.9. Limitaciones**

Las limitaciones, básicamente es el tiempo necesario para el estudio y acopio de datos, sin embargo se ha logrado asistir a todos los tópicos planificados.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes:**

Los antecedentes del tema en específico, es decir el delito de Omisión a la Asistencia Familiar (OAF) y su relación con el Principio del Interés Superior del Niño (PISN) no ha tenido su desarrollo, a nivel local, nacional e internacional. Sin embargo tenemos estudios por separado, que refieren tanto al delito de OAF, y al PISN, que detallamos:

##### **2.1.1. Evidencia Internacional.**

- a) (Del Castillo, 1997, pág. 11), elaboró el libro titulado: “El delito de impago de pensiones”, En España, tiene el título de impago de pensiones, como delito, trata la investigación del desarrollo en el tiempo del delito, nacido como institución netamente civil, con influencia e exigencia social, propiciada por un malestar general; éste autor español, arriba a las conclusiones siguientes: Que, la conducta del no pago de pensiones, es un delito de desobediencia judicial, dada a la resolución del juez que ordena y establece las prestaciones económicas a realizar. El delito de impago de pensiones, es « (...) fruto de la referida presión social, conducente a un Derecho penal “simbólico”, de galería», que los ámbitos de discusión familiar, no deberían traspasar el ámbito del derecho privado, «otra cosa es “huir” hacia el Derecho Penal, con grave perjuicio para la institución de la pena y de posibles consecuencias negativas para la propia familia». El investigador está convencido de la inoportunidad de la tipificación del impago de las prestaciones establecidas judicialmente en la legislación española, siendo necesario abordar el tema en las dimensiones: dogmática, constitucional y político criminal.
  
- b) (Canales & Loiseau, 2005), realizo el estudio respecto al incumplimiento de la prestación de alimentos en general y de la sentencia de alimentos en particular constituye un problema de graves consecuencias, ante el cual las legislaciones multiplican los procedimientos a fin de asegurar al



acreedor la percepción de lo que es debido. Desde las vertientes del Derecho Civil del Derecho Procesal y del Derecho Penal, también la doctrina moderna se viene planteando la necesidad de dar al “derecho a los alimentos” una tutela más intensa, una protección más eficaz. En este trabajo después de un marco teórico se analiza la legislación de Argentina, España y Francia; llegando a las siguientes conclusiones: que, las acciones o medidas que se pueden interponer en la actualidad ante el incumplimiento del deber de alimentos no son suficientes. En primer lugar los especialistas de los países cuya legislación se analizó estiman que es preferible emplear medidas conminatorias y no sanciones. Se ha definido la medida conminatoria como cualquier orden emanada de un tribunal de justicia, dirigida a obtener el debido cumplimiento de un mandato judicial inicialmente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra –para el desobediente– la amenaza de un desmedro que a simple vista podría ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz. Entre las que se proponen se encuentran: a) Morales. La publicación de los listados de los registros de deudores alimentarios en el Diario Oficial y en otros medios gráficos de gran circulación. La comunicación judicial del incumplimiento a la entidad gremial o profesional a la que pertenezca el deudor. b) Sociales. El retiro de la licencia de conducir otorgada, además de la prohibición de su otorgamiento o de renovación. Parte de la doctrina se manifiesta partidaria de imponer dicha medida a los deudores de pensiones alimenticias que utilicen cualquier tipo de vehículo con el objeto de desplazarse con mayor comodidad, pero no a quienes lo emplean para realizar su trabajo. Prohibición de salir del país sin entregar garantías suficientes para ello. Por otra parte, una medida importante y necesaria es la que se refiere a la localización del paradero del deudor. Es bastante frecuente en la práctica judicial que no se pueda localizar al deudor de la pensión alimenticia. Se propone la adopción por parte del Estado de medidas tendientes a evitar esta situación como ocurre en Francia y en algunos Estados de Estados Unidos.

### **2.1.2. Evidencia Nacional.**

- c) (Torres Gonzales, 2010), elaboró el libro titulado: “El delito a la asistencia familiar”. Estudio que aporta y desarrolla, académicamente los conceptos que encierran el delito de OAF, desarrollándolo en su extensión conceptual, antecedentes legislativos y dogmáticos; llegando a las siguientes conclusiones: el delito de OAF, en su presupuesto del tipo penal, tiene un contenido de –exigencia dineraria-, y éste presupuesto en preciso es el “no cumplimiento a la exigencia dineraria” del mandato judicial, dicha exigencia tiene su naturaleza jurídica de carácter civil y por tanto, se estaría en el fondo aplicando una prisión por una deuda. Asimismo “(...) derecho civil ya mostro su ineficiencia para dar solución al incumplimiento de los alimentos y es por ello que ente el fracaso de esta vía, el Estado se ha visto obligado a recurrir al derecho penal”. Respecto al PISN, señala que éste principio “(...) no puede ser argumento ilimitado que sirva para fundar todos los pedidos de la parte agraviada...”

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Naturaleza jurídica del delito de omisión a la asistencia familiar.**

El delito de OAF, establece una connotación de exigencia civil en primer momento, a respecto, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1991), Código Civil en su artículo cuatrocientos setenta y dos nos informa que la:

*“Asistencia familiar está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como tal, a lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, capacitación para el trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia”*

Asimismo para (Campana Valderrama, 2002), son:: *“las relaciones jurídicas creados a partir del matrimonio, adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad, hasta el llamado débito familiar, lo que implica un deber de*

*asistencia familiar por la persona o personas encargadas de garantizar, de manera natural e inexcusable, el mantenimiento de las condiciones mínimas materiales del sustento y formación de los miembros de su familia”*

Estando en éste orden de ideas el código Penal prescribe en su artículo 149, *“El que omite cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial”*; la Corte Suprema de la República, en Expediente N° 7304-97, del 12 de enero del año 1988 dice: *“Que el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito, consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una Resolución Judicial, siendo un delito de Omisión Propia, donde la norma de mandato consiste en una obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia”*. Entonces, al estar el deber jurídico, requerido mediante resolución judicial, para que cumpla con la obligación del pago alimentario y éste persiste en su incumplimiento, por lo que se penaliza su conducta omisiva ante la resistencia a la autoridad judicial, en aplicación al artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal.

### **2.2.2. Omisión a la asistencia alimentaria, respecto a las filosofías jurídicas en el desarrollo histórico en la legislación peruana.**

Según (Oré Chavez I. , 2010), la concepción de los derechos humanos, ha evolucionado entre las corrientes jusnaturalista y positivista, lo mismo ha sido respecto a la evolución legislativa en penalizar la conducta omisiva en las obligaciones alimenticias en el derecho peruano.

La obligación alimenticia para los jusnaturalistas del constitucionalismo, se da como una obligación natural que preexiste a su reconocimiento por el poder público, sea por medio del mandato legal o judicial, el cual sólo sería un revestimiento de esta obligación -prístina-, es decir anterior, primitiva y original; el deber natural de asistir integralmente a los hijos. Pero ahí no acaba esta filosofía humana, esta obligación en su devenir se encuentra inserta en un orden social natural debidamente ordenado por la providencia, por lo que su alteración trae consigo una anormalidad que debe ser reparada

para que todo vuelva nuevamente a funcionar de manera correcta. Para los primeros jusnaturalistas los hechos reparadores están representados en el arrepentimiento con obras y el perdón. Para ellos los derechos humanos son anteriores al Estado y no necesitan su reconocimiento para existir.

Por otro lado, los positivistas legalistas, entienden que a fin que la obligación alimenticia para ser tutelada penalmente, antes debe ser puesta con indubitabilidad, cuantificado y determinado con seguridad, y para esta corriente la seguridad se halla en la ley y las demás decisiones del poder público lo cual incluyen los mandatos jurisdiccionales, por ello para el positivismo la tutela penal no debe abarcar a la obligación –prístina- sino sólo a aquella que ha recibido el reconocimiento concreto del Estado sea por medio de una asignación provisional o una sentencia judicial.

Entendemos que el positivismo encierra la exigencia del respeto al orden social regulado y controlado por el Estado, considerando una anomalía la desobediencia a los mandatos del poder público, por eso los positivistas en materia de incumplimiento de obligaciones alimenticias sólo piensan en la punición como único efecto de la contravención ocurrida y el resarcimiento del daño como una reparación civil, pues consideran que el daño ya ha sido hecho y no se puede dar marcha atrás para impedirlo. Para ellos los derechos humanos sólo alcanzan efectividad en la medida en que son reconocidos por el Estado.

A fin de entender el contenido filosófico que encierra dentro de toda la legislación que ha penalizado la omisión a la asistencia familiar por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, y anotando al mismo autor, éste realiza el siguiente recorrido académico:

#### *2.2.2.1. El anteproyecto que constituye el delito de abandono de familia.*

Según (Oré Chavez I. A., s.f.), este anteproyecto fue remitido por el Decano del Colegio de Abogados de Lima, Félix Navarro Irving, al Ministro de Justicia y Culto, Alejandro Freundt Rosell, mediante carta de fecha 25 de noviembre de 1952.

Documento que inicia el debate oficial sobre el carácter punitivo del incumplimiento a los deberes asistenciales no solamente se halla en su propuesta normativa sino en su exposición de motivos el cual expresa

la filosofía de la época. En efecto, se trata el tema, que *“si se quiere forjar una nacionalidad robusta debe sobre todo defenderse la familia, (...) sustentándola con medidas legislativas de protección”*, se entiende a la familia como una institución natural, acepta que el Estado tiene una obligación de protegerla porque al hacerlo también estaría contribuyendo al fin secular del Estado: forjar nacionalidad.<sup>4</sup>

La penalización de incumplimiento de las obligaciones alimenticias, se sustenta en el hecho de que las sanciones civiles de privación de la patria potestad o de concesión de separación matrimonial, también el no obligarse con el deber de asistencia -alimentaria-, incluso en su amplio concepto, ordenado jurisdiccionalmente, se puede decir que han fracasado, o por lo menos son insuficientes para una eficaz protección de la familia; es decir estamos ante una visión anterior del modelo ideal del buen cristiano, ese tipo de cristiano que todos desean llegar para ser considerados salvos, la legislación anterior consideraba como una solución al incumplimiento de la asistencia familiar declarar al que incurre en esta acción como expulsado de la comunidad familiar, disolviendo su vínculo con aquellos miembros de su familiar que se han visto afectados por su desatención sea a través de la separación matrimonial, del estatus de jefe del hogar, o privándole del ejercicio de la patria potestad, del estatus de padre. En otras palabras la legislación anterior de clara influencia naturalista escolástica sancionaba esta conducta con una especie de excomunión familiar, importando la cosmovisión católica ortodoxa a una realidad secular y laica, por lo cual concibió frutos estériles en la vida social.

El jusnaturalismo ortodoxo siempre se ha encontrado preocupado por medio de sus juristas en hacer del Estado un instrumento para tutelar los mandatos divinos respecto a la familia, lo que sucedió con el anteproyecto fue su modernización tradicionalista para que lo viejo pueda

---

<sup>4</sup> Debemos entender que los fines del Estado han variado en relación a las sociedades. En el medioevo surgió la cosmovisión cristiana del Estado de salvación, por el cual el poder político era un instrumento para ayudar a las sociedades a alcanzar la Ciudad de Dios, la Nueva Jerusalén donde todos eran salvos, es con el emerger del Estado moderno del siglo XVI que los fines del Estado se secularizarían resumiéndose en garantizar la paz, la seguridad y la felicidad de las personas. Frente a esto debemos entender que los Estados latinoamericanos nacidos siglos después no existiendo otro factor de cohesión que el poder político y religioso, por lo que en su origen el Estado latinoamericano agregaría una finalidad más: el fabricar de la heterogénea y multidiversa sociedad asentada en su territorio una sola nación para poder tener así un Estado moderno.

seguir existiendo, pero con nuevo ropaje, el levemente tibio revestimiento positivista de la segunda post guerra mundial.

Entonces, el anteproyecto en su propuesta legislativa establece tres modalidades que determinan el delito de abandono de familia, a saber:

- a. El abandono propiamente dicho que es la ausencia voluntaria del hogar.
- b. El descuido malicioso de los deberes de asistencia, aun viviendo dentro del hogar, al punto de exponer a los hijos a peligros morales o a la miseria; y
- c. La rebeldía en el pago de las pensiones alimenticias a que se ha ido condenado.

Claramente vemos la presencia del positivismo emergente al momento de mostrar esta propuesta de ley una tendencia a valorar preferentemente los aspectos materiales de la realidad describiendo conductas concretas sin que sea desde ahora necesario para los operadores del derecho tener que recurrir a los cánones de la Iglesia, rechazando por consiguiente toda noción a priori y todo concepto universal y absoluto provenientes de las cosmovisiones religiosas dominantes.<sup>5</sup>

Sin embargo, no pudieron desterrar el jusnaturalismo del pensamiento de los juristas de ese entonces, aún también a los de ahora, como puede notarse de las dos primeras conductas tipificadas en la propuesta, se abarca la protección a las obligaciones naturales y morales sin necesidad de un previo visado del poder público, es decir de un mandato judicial preexistente.

---

<sup>5</sup> Un ejemplo de esta injerencia lo podemos ver en el Código Penal de 1924 al penar este el adulterio como delito, sin embargo, no lo tipifica en ninguna parte de su texto, se sobreentendía que los juristas de ese tiempo influenciados por la escolástica habían elaborado dicha norma partiendo de las verdades reveladas por los dogmas de la religión siendo estos el referente para determinar la existencia del delito y no la tipificación positivista.

El hecho de existir la tercera tipificación, significa la irrupción del positivismo secular, esta conducta se sanciona en su primera aparición como una falta correspondiéndole por pena prisión de 8 a 30 días, mientras que su reincidencia constituía un delito castigado con prisión de 2 a 6 meses. Esta pena guarda un notorio contraste con las dos conductas anteriores que consisten en prisión de 1 mes a 2 años o multa, o ambos, también contemplaba una pena accesoria, la privación de la patria potestad y de los derechos de familia es decir la excomunión familiar, incluso se extiende incluso a una pena accesoria, la privación de los derechos políticos, es decir una moderna versión de una excomunión política apartando al individuo de su status de ciudadano, de miembro de una comunidad política.

Observamos, que los creadores de este anteproyecto tenían muy en claro que en materia de bienes jurídicos a ser protegidos por el Estado, estos tenían mucho más valor cuando se le afectaba en el incumplimiento de la obligación originaria, es decir como manifestación natural y moral nacida espontáneamente de la realidad social de un todo ordenado por la providencia; sucediendo que cuando esta obligación se encontraba emanada de un mandato del poder público su importancia era mucho menor. Este sentido en la graduación de las penas tenía indudablemente una tendencia jusnaturalista a concebir el incumplimiento de la asistencia familiar.

Otro asunto que expresa la filosofía imperante de entonces, se encuentra en los supuestos donde procedía la disminución del poder punitivo. El proyecto desarrolla este tema basado en situaciones relacionadas al estatus procesal del agente activo:

- 1) Si estaba sentenciado, y en el caso de incurrir en las dos primeras conductas, es decir, el incumplimiento de la obligación en su estado prístino, el sentenciado podría sustituir la pena de privación de la libertad por el ingreso a casas de trabajo o institutos de readaptación,
- 2) Si era inculpado, es decir la persona era objeto de la acusación de este delito en un procedimiento penal, la acción podría extinguirse por el perdón del ofendido (como lo era hace poco, estando con prisión

preventiva, la cancelación del monto liquidado por alimentos, era sinónimo de perdón y por tanto la excarcelación),

- 3) Sea inculpado o sentenciado y encontrándose en juicio por el incumplimiento de cualquiera de las tres conductas tipificadas se podría conceder la libertad provisional con la condición de que se cumplan los deberes familiares; otro modo era cuando el inculpado no había sido procesado anteriormente con el mismo delito y falta.

Así, en el pensamiento de los juristas que redactaron este anteproyecto, la finalidad principal que se buscaba tras penalizar el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, tenía dos aristas, la simple punición preventiva, y el restablecimiento de ese orden natural y divino alterado por tales conductas tipificadas en su propuesta, por eso mismo el asumir nuevamente el estatus de padre al brindar la asistencia familiar tal como lo dictaba la ley natural, así como el perdón otorgado por el ofendido constituían actos de restablecimiento de este orden social, y por consiguientes volvían en innecesarias la agresiva función punitiva del Estado graduándola en función al restablecimiento de la normalidad social. Es decir tanto el perdón como el arrepentimiento servían para aplacar la cólera de poder punitivo del Estado.

Por todo ello el anteproyecto, aunque parecía un avance hacia la positivización del derecho en realidad es su inserción en la mentalidad jurídica de la época pero en convivencia o yuxtaposición con los dogmas preestablecidos.

#### 2.2.2.2. *La ley 13906 ley punitiva del abandono familiar.*

Según (Mertinez, 1962) fue Promulgada el 24 de enero 1962 y se tituló Disposiciones y Sanciones para los 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, aunque a los meses sería bautizado como la “Ley Punitiva del Abandono Familiar”.

Ley que establecía en su primer artículo el tipo penal consistente en aquel que teniendo la obligación de prestar alimentos a un menor de menos de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria



potestad, tutela u otra forma de dependencia, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento.

A simple vista pareciera que este tipo fue elaborado bajo una idea jusnaturalista de obligación natural o moral prístina, sin embargo su artículo 5º estipula los requisitos de procedencia:

- a) Resolución que señale asignación provisional de alimentos, o sentencia en el juicio correspondiente, y;
- b) Que el obligado no haya cumplido su obligación después de haber sido requerido bajo apercibimiento.

Sin duda la norma fue redactada siguiendo los principios de un positivismo estatista por el cual sólo aquello puesto en reconocimiento por el poder público estatal puede ser tutelado penalmente por él. Sin embargo aún no se puede hablar de purismo, el segundo párrafo es prueba de la convivencia yuxtapuesta de estas filosofías pues prescribe la inexigibilidad de estos requisitos si el demandado a simulado otro proceso de alimentos en connivencia con tercera persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, es decir sólo en este caso especial se podía tutelar la obligación natural en su forma prístina sin necesidad de la previa calificación como tal por el Estado.

Se detiene la acción punitiva estatal:

- a) Esta Ley no menciona el perdón, sino el desistimiento del agraviado si este fuera mayor de edad, lo cual causa que se corte el proceso.
- b) Asimismo para los condenados se establece la reducción de la pena a la mitad siempre y cuando estos paguen las pensiones adeudadas y garanticen las futuras a satisfacción del juez, implicando también este hecho su libertad provisional bajo caución. Es de notar que estos beneficios se cancelarían si el responsable vuelve a incumplir con su obligación alimentaria.

El avance de las ideas positivas es notorio en ésta norma, si se le compara con el anteproyecto presentado antes, en éste la obligación prístina y la judicializada coexistían dando una marcada

preferencia a la puramente natural, mientras que ahora este dispositivo legal establece la protección de la obligación puramente natural pero sólo como una excepción ante la cual se inaplican las reglas especiales de procedencia estipuladas para este delito en específico.

Esta ley ya no adopta la sustitución de la pena como si era en el anteproyecto, pero si recoge el aporte consistente en la libertad provisional en caso de que el sujeto activo cumpla con cancelar la totalidad de la deuda de los alimentos. Y sobre la cuestión del perdón del ofendido que el anteproyecto menciona, esta ley lo equipara al desistimiento procesal pero sólo del mayor de edad, es decir trata de dar a entender que el perdón como ámbito de la esfera privada ya no es relevante para el nuevo derecho positivista.

Concluimos que la ley punitiva del abandono familiar era igual que el anteproyecto una hechura legal de posiciones filosóficas yuxtapuestas que convivían en este cuerpo legal, diferenciándose en el hecho de que inclinaba la balanza a favor de las posiciones positivistas.

La ley de abandono de familia colisionó con el emergente positivismo racionalista, es decir esa tendencia a ordenar cuadrículadamente los institutos jurídicos para obtener un mejor desempeño y garantía de la maquinaria jurisdiccional, sucediendo que el Juez Penal era además Juez de Familia Civil al tramitar el pago de la pensión alimenticia.

Según este racionalismo ordenador, el Juez Penal sólo castiga el delito denunciado mientras el Juez Civil sólo exige la prestación demandada. Pero aun así este legalismo racionalista significó una exageración al abolir la ley punitiva del abandono familiar en vez de mejorarla.

#### **2.2.2.3. *El código penal de 1991. El delito de omisión a la asistencia familiar.***

(Codigo Penal Peruano, 1991), en su artículo 149º pena la Omisión de prestación de alimentos cuyo texto literal es:

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

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

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

Sin duda, la actual legislación penal es de un marcado carácter positivista, sólo persigue la conducta que se halle en desobediencia a la orden judicial de asistencia familiar, ya no contempla la obligación en su estado puro y prístino, ni siquiera como una excepción. Es tal como lo explica Salinas Siccha en su obra sobre el Derecho Penal:

*“...para la configuración del delito en hermenéutica resulta indispensable la pre-existencia de un proceso civil sobre alimentos, en el cual un juez natural ha precisado el deber de asistencia inherente a la institución familiar; de ese modo la obligación de asistencia tiene que ser precisada mediante resolución judicial consentida. Sin previo proceso sobre alimentos es imposible la comisión del ilícito penal de omisión de asistencia familiar”. (Salinas Siccha, 2007, pág. 400)*

Es decir sólo serían alcanzados por la protección del derecho punitivo el incumplimiento de las obligaciones familiares de asistencia que hayan sido previamente calificadas por un Juez natural de un proceso de alimentos.

La normativa actual es una depuración de los aportes jusnaturalistas de la legislación anterior, pues ya no admite la protección de la obligación prístina a la cual aún no ha alcanzado el mandato judicial, asimismo no admite las opciones del perdón y del arrepentimiento como modos de atenuar el poder punitivo del Estado.

Ahí no se agota la postura positivista de la norma, el tema del bien jurídico tutelado nos hace ver que al consistir este en el deber de

asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí este deber a su vez consiste en la obligación de cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia determinados miembros de la familia (Salinas Siccha, 2007, pág. 400), y al condicionar esto al deber revestido por un mandato judicial, se estaría paulatinamente caminando hacia el mandato judicial como bien jurídico, lo cual terminaría por desnaturalizar el instituto.

#### 2.2.2.4. *El delito de omisión a la asistencia familiar en la filosofía jurisprudencial.*

(Tapia Vivas, 2002), publicó un interesante trabajo sobre dos ejecutorias consideradas contradictorias entre sí, pues aunque ambas conocían el caso del cumplimiento parcial de la obligación alimenticia una absolvía al procesado mientras la otra lo condenaba.

La primera sentencia correspondía al Expediente N° 6937-97 y tenía por sumilla: *“se aprecia que aunque el encausado no pagó totalmente dentro del plazo determinado, los quinientos setenta y seis nuevos soles ordenados por resolución judicial, si empezó a cancelarlos de acuerdo a sus posibilidades, en forma inmediata después de haber sido requerido debidamente por el Juzgado, por lo cual se colige que en su ánimo no existió intento o dolo de evadir o incumplir el mandato Judicial, elemento sin el cual no se configura en el accionar del procesado los elementos del tipo penal del ilícito instruido”*

En esta sentencia se entiende al final de su considerando cuarto se afirma la existencia de una exoneración del encausado respecto de la obligación de prestar alimentos a la agraviada, sucediendo que esta exoneración apareció posteriormente al ilícito instruido, es decir la obligación ya no existe al momento de sentenciar aunque si existe el incumplimiento a un mandato judicial al momento de la denuncia, extinguiéndose esta obligación en el transcurso del proceso penal.

La segunda sentencia correspondía al Expediente 2158-98, dice su sumilla: *“que si bien es cierto, el procesado ha cancelado en pequeñas cuotas la pensión alimenticia, también lo es que existiendo una sentencia*

*judicial en la cual se procesa el monto fijo, este debe ser respetado rigurosamente”.*

En este caso tenemos más que un motivo fáctico, un móvil puramente ideológico del Juez que confirma la condena del responsable al afirmar esta judicatura que el encausado no sólo ha incumplido sus más elementales obligaciones como padre que se la impuesto por la naturaleza y asimismo por nuestra ley vigente, es decir para este juez existe una contravención a la naturaleza, lo cual esta tutelado por la ley positiva.

Como puede notarse, no podemos entender el sentido de estas decisiones judiciales desde la perspectiva positivista, pues el resultado sería considerarlos contradictorios entre sí, poco garantistas, y sujetos a esa línea que al traspasarse puede convertir la discrecionalidad en arbitrariedad.

Sin embargo no guardan contradicción desde el punto de vista del jusnaturalismo jurídico toda vez que para esta filosofía la orden del Estado provenga esta de una ley o de un mandato judicial no crea la obligación sino que la reconoce como preexistente en la naturaleza social humana dándole una forma que garantice su efectividad.

Por eso la primera sentencia tiene un presupuesto real, la inexistencia de la obligación al momento de decidir la punición del hecho denunciado, el bien jurídico es el deber de asistencia, al no existir ya este simplemente no había nada que perseguir, si lo interpretamos desde este sentido el argumento jurídico principal de esta sentencia más bien sería el tubo de escape para hacer prevalecer la opción ideológica del juzgador, sería un modo de flexibilizar con argumentos las rígidas normas de la ley penal de corte positivista para conseguir un resultado contrario al espíritu ideológico de la misma ley, todo en aras de preservar la tradición jusnaturalista inmersa en la cultura jurídica del país.

La segunda sentencia, es de notar que el juzgador se muestra abiertamente partidario de hacer respetar y proteger rigurosamente las obligaciones originadas en la naturaleza, por lo que confirma la sentencia condenatoria del responsable. También, la rigurosidad a que hace

mención esta sentencia no guarda relación con la crueldad, pues sería contradictorio con el jusnaturalismo expresado sino más bien implica el carácter severo del fallo al proceder el juzgador a mostrarse exacto y rígido en la observancia de las leyes de la república, las cuales son observadas con puntualidad, fidelidad y cabalidad. Pero esto no significa una adscripción del juzgador a la filosofía contraria, más bien implica el uso estricto de la ley siempre y cuando sea un medio para hacer cumplir la obligación natural preexistente como fin.

#### 2.2.2.4.1. Sobre el proyecto de ley 392/2006-CR. Sobre la prisión efectiva.

En este proyecto sus suscriptores establecen en su sección de análisis que “somos de la opinión que la norma penal no sólo debe tener un efecto de ser sancionadora, también debe servir como instrumento disuasivo para la comisión de un delito” por lo que el “objeto de la presente norma es incentivar, por la vía del temor a perder la libertad, el cumplimiento de las obligaciones alimentarias con los menores hijos”.

Esta propuesta aunque logre persuadir a los deudores alimentarios morosos a mudar su conducta no constituye una razón, más bien es una amenaza, sucediendo que su propósito es en realidad represor desde que se encuentra dirigido a castigar desde el poder y con el uso de la fuerza el hecho punible.

Este proyecto no fue aprobado además de las opiniones negativas formuladas por las distintas dependencias estatales consultadas, argumentando que contravenía la resocialización de la pena como principio constitucional y que agudizaba los problemas de sobrepoblación carcelaria, que no era necesariamente disuasorio, que el hecho punible no encerraba la suficiente gravedad para ser pasible de prisión efectiva y que el proyecto restringía el libre arbitrio de los jueces en la aplicación de la norma. Como vemos la invocación de principios constitucionales, la falta de proporcionalidad entre la medida empleada y el hecho punible a reprimir y la aceptada discrecionalidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones son expresiones propias del neo-constitucionalismo<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Entre los rasgos característicos del neo-constitucionalismo, en contraposición al legalismo, se encuentran: 1. La existencia de más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas. 2. En la actuación judicial se da un procedimiento de ponderación antes que de subsunción. 3. La omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes. 4. El carácter extensivo de la

(Aguilar Portales & Lopez Sanchez, 2007), el cual se opone radicalmente al legalismo positivista.

#### 2.2.2.4.2. Sobre el proyecto de ley 2800/2008 – CR. Los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la prestación alimentaria.

En este proyecto podemos notar a diferencia del proyecto anterior que su fundamento halla su base en el desarrollo de la Constitución como norma principal que contiene los derechos fundamentales entendidos estos como los derechos humanos constitucionalizados de la persona humana. Es por ello que sus redactores invocan la Constitución dogmática es decir los derechos fundamentales contenidos en él. Su otro fundamento se halla en la realidad social que se ha desarrollado en base a este delito por lo cual sus suscriptores muestran en su punto III el alto índice de denuncias por delito de omisión a la asistencia familiar<sup>7</sup> (Aguilar Portales & Lopez Sanchez, 2007). De lo expuesto se ve claramente el contraste con el proyecto anterior y la poderosa influencia que el pensamiento neo-constitucionalista tiene sobre las iniciativas legales con más oportunidad de prosperar.

Aun así, no fue aprobado por el dictamen del 3 de abril de 2009, a pesar de contar con opiniones favorables de diversas instancias públicas que lo vieron como un importante aporte a la ejecución de las sentencias por delito de omisión de asistencia familiar, pues la comisión encargada consideró que “no hay en la legislación comparada, normas que exijan para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva de fallo condenatorio y la rehabilitación el pago del total o parcial del monto de la obligación en general y la alimentaria en especial”. Esta es una visión bastante legalista del asunto, pues es de notar que la vieja legislación de comienzos de la guerra fría tenía dispositivos parecidos a las que propuestas en el proyecto en mención y que a la fecha todas se

---

actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario. 5. Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí. (Aguilar Portales & Lopez Sanchez, 2007). Es de notar que tanto el jusnaturalismo como el positivismo volverían a contraponerse desde la década del 80', sólo que esta vez bajo la formas de dos corrientes, el neoconstitucionalismo y el legalismo respectivamente, sucediendo que este último recién alcanzaría fuerza e influencia significativa paulatinamente durante la década del 90' debido a la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional

<sup>7</sup> Es de notar esta diferencia entre ambas corrientes, el positivismo legalista no ve más justificación que la ley mientras que para el neoconstitucionalismo y su jusnaturalismo intrínseco la realidad social encierra parte de la justificación de sus propuestas

habían vuelto positivistas por ello no se encuentran propuestas parecidas en la legislación extranjera, más bien tocaría al país dar la pauta y estar a la vanguardia de esta corriente.

Finalmente, la presencia del jusnaturalismo neo-constitucionalista en el hasta ahora próspero proyecto 2800 puede ser sólo la cabeza de puente de este jusnaturalismo renovado en nuestra legislación penal peruana. Sin embargo ante las objeciones que de hecho surgirán del grueso de penalistas del país no creo que el neo-constitucionalismo implique la degeneración y consecuente deterioro del carácter garantista y legalista del derecho punitivo peruano.

Conclusión importante es que siempre ha existido una yuxtaposición de las corrientes filosóficas entre sí, pues ambas han existido juntas en los mismo cuerpos legales estando próximos e inmediatos uno al otro, por lo que un gran reto del neo-constitucionalismo será constituirse en una postura ecléctica que logre fijar un punto saludable e intermedio para no caer en extremismos<sup>8</sup>. Lo cual al parecer de quien escribe no se halla alejado de volverse una realidad siempre y cuando los legisladores estén conscientes de estos vientos de cambio.

### **2.2.3. El Interés Superior del Niño.**

El interés superior del niño constituye un elemento que incide en lograr la protección de la infancia, en el sistema internacional de derechos humanos, la declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1924 en el marco de la Sociedad de Naciones, reconoce en su párrafo introductorio que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”. Otra mención implícita al interés superior del niño se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948). La expresión aparece finalmente en la segunda Declaración de los Derechos del Niño (1959), cuyo

---

<sup>8</sup> La aparición de esta eclecticidad en el proyecto 2800 lo constituye: 1. El hecho de seguir permitiendo la punición del incumplimiento asistencial a pesar de existir la regla de prohibición de prisión por deudas por considerarla existencia de principios y la ponderación de bienes jurídicos como la vida y subsistencia del alimentista frente a la libertad del obligado. 2. El papel de los principios constitucionales al debido proceso de todas las partes que intervienen en él como la mejor garantía para conseguir el cumplimiento de los fines constitucionales y la protección del bien jurídico penal tutelado. 3. La discrecionalidad permitida al juzgador para ejercer el poder punitivo sin perjuicio de establecer medidas razonables para su ejercicio, así como la garantía del procesado de que sólo se le abrirá instrucción por deudas alimentarias derivadas de un mandato judicial. 4. El encontrarse elaborada en base a valores constitucionales que complementan más que desvirtuar los fines que persiguen los principios positivistas que informan la actual legislación penal.



texto resulta muy similar al contenido de la CIDN sin carácter vinculante. La Declaración de 1959 afirma que “el interés superior del niño debe ser consideración determinante”.

Esta preocupación sin embargo, contiene tres elementos fundamentales según (Alegre, Hernandez, & Roger, 2014): Primero, el interés superior del niño se define como un principio garantista, de modo que toda decisión que concierna al niño debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

Segundo, hay que considerar es su amplitud. El principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior.

Tercero, el interés superior del niño se erige en orientación o directriz política. El artículo 3 de la Convención refiere al interés superior como una “consideración primordial” para la toma de decisiones que afecten a los niños. Entonces, los derechos del niño no son asimilables a intereses colectivos porque pueden entrar en conflicto con un determinado grupo de interés social. En este caso, el interés superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a intereses difusos.

#### **2.2.4. Convenio sobre los derechos del Niño e interés Superior del Niño.**

En este apartado, desarrollaremos consideraciones importantes, respecto al contenido del PISN, en concordancia a la Convención de los derechos del niño, a partir del documento de (BUAIZ, 2003), en su ensayo presentado a la Dirección de Servicios de Salud de Costa Rica. Así, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

*"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una*

*consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."*

No es un simple interés particular, que detenta el niño, más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Trascendiendo la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección y prevención. Al respecto (Cillero, 1998, pág. 78) lo considera como un principio jurídico garantista, su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De este modo, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños. Tenemos en la convención anotada el contenido de este principio, así:

#### *2.2.4.1. La efectividad y prioridad absoluta de los derechos humanos.*

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos:

**Principio de efectividad**, "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"

**Principio de prioridad absoluta**, "En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional"

Por un lado, la efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad de los derechos humanos de los niños, al respeto de estos

derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas, es decir que el menor tenga sus derechos en goce y disfrute real. Este principio de efectividad se repetirá a lo largo de todo el articulado de la Convención en donde se establecen derechos a supervivencia, protección, participación y desarrollo, ya no como principio general, sino con formulación precisa, más bien específica de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano, por ejemplo, en el artículo 24 en el que se reconoce el Derecho a la salud, se ordenan las medidas apropiadas para combatir enfermedades, malnutrición, atención y prevención, educación en salud, y otras, o en los artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación, que establece las medidas particulares para garantizarlo en igualdad de condiciones, desde la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hasta las medidas para la eliminación del analfabetismo y garantizar el acceso escolar. El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños. Sobre las medidas de efectividad que obliga la Convención a los Estados Partes, se fundamenta el examen crítico, las recomendaciones generales, sugerencias técnicas y programáticas del Comité de Derechos del Niño, conforme a los artículos 43, 44 y 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Vale afirmar para este principio lo expresado en el anterior PISN, es decir, asimilarlo a principio garantista.

Por otra parte, los Derechos humanos de los niños deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional. Que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de

violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones. Esta parte del artículo 4 de la Convención que consagra la Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que valga de excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

En un sentido práctico de las políticas públicas, significa que a la hora de su diseño y destino, primero y en primer lugar estará el análisis de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta población, antes que otro sector social, pero si acaso no fueren suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional, lo que en la práctica de la política de solicitud de cooperación significaría colocar en primer plano de la ayuda a los niños, antes que los compromisos derivados de otras acciones del estado.

#### *2.2.4.2. La participación solidaria o principio de solidaridad en protección integral del menor.*

El Estado, la Familia y la Comunidad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral. El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera:

*“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los*

*miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*

El Principio de solidaridad, debe leerse e interpretarse en conjunción con el de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio per se del niño. Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato de estos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos; la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social. Para ello, la Doctrina de Protección Integral invita a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad.

#### *2.2.4.3. Derecho a la supervivencia, derecho al desarrollo, derechos a la participación y derechos a la protección.*

Sin entrar a detallar ni explicar todos y cada uno de los derechos, un rápido estudio de estos grupos, considerados como universales e interdependientes, nos permitirá ubicar los principales derechos contenidos en cada uno de ellos:

##### **a) GRUPO DE SUPERVIVENCIA.**

Comprendido por los derechos:

- **A la vida:** No sólo entendido como derecho a la vida intrínsecamente considerada, es decir, a la vida física, sino en un sentido amplio que comprende tanto la vida física como el derecho a las condiciones para una vida digna, en donde se

ubican específicos derechos a la supervivencia y al desarrollo, tales como el desarrollo integral del niño, en lo moral, cultural y social. Este carácter amplio del derecho a la vida, nos permite entender la característica de interdependencia entre diversas categorías de derechos.

- **A la salud:** que entre otras prerrogativas comprende la atención a la salud, el establecimiento de un sistema preventivo de salud, la garantía de asistencia médica y sanitaria, y el combate a las enfermedades y a la desnutrición.
- **A la seguridad social:** que incluye los beneficios de la seguridad social en general, y del seguro social, en particular, para todos los niños. . A no participar en conflictos armados que además comprende el respeto de las normas de derechos internacional humanitario que le sean aplicables al niño en estos casos.

#### **b) GRUPO DE DESARROLLO.**

Que comprende, entre otros derechos:

- **A la educación:** que debe garantizarse en condiciones de igualdad de oportunidades, de manera obligatoria y gratuita, tanto en el nivel escolar primario, como el fomento de la enseñanza secundaria también de forma gratuita y con asistencia financiera cuando se haga necesario.
- **A la cultura y recreación:** teniendo acceso a ellas, con participación efectiva y libre en la vida cultural y en las artes, en condiciones de igualdad, y en especial al derecho cultural, religioso y lingüístico de las minorías étnicas.
- **Al nombre y a la nacionalidad:** de forma inmediata después de su nacimiento, lo cual comprende además el derecho a que se le preserve su identidad, incluyendo las relaciones familiares, es decir, tanto el nombre o identidad legal como el familiar y social.
- **A la libertad de pensamiento, conciencia y religión:** en especial el de formarse un pensamiento libre, tener culto y conciencia autónoma.

**c) GRUPO DE PARTICIPACION.**

En donde se incluyen derechos de gran importancia para el ejercicio de la ciudadanía de los niños y la necesaria interrelación democrática, incluso desde el seno familiar hasta el ámbito público. Entre estos se encuentran los derechos a:

- **La libertad de expresión e información:** que incluye el de expresarse de manera libre, y buscar, recibir y difundir informaciones. La concatenación de éste derecho con el de opinión que se verá seguidamente, permite colegir sin duda, el derecho a exigir la fuente de proveniencia de la información que se dirige a los niños y a la sociedad en general.
- **Opinión:** que permite la expresión libre del niño o niña en todos los asuntos de su interés, incluyendo los procedimientos administrativos o judiciales.
- **Asociación:** que comprende todo lo relativo a las formas organizativas lícitas, como el de fundarlas, dirigirlas, participar en ellas y celebrar reuniones.

**d) GRUPO DE PROTECCIÓN ESPECIAL.**

Que, comprende los derechos a estar protegido contra situaciones específicas de cualquier índole que le son adversas y vulneran derechos a los niños. Entre ellos se encuentran:

- **Protección contra toda forma de explotación, perjuicio, abuso físico o mental, maltrato o descuido:** A los refugiados, asistencia humanitaria adecuada en caso de refugio, sea sólo o con sus padres. A un proceso justo en caso de ser procesado por un órgano judicial, lo cual comprende asistencia jurídica adecuada, derecho de defensa, a no ser torturado ni sometido a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a que no se le imponga pena capital ni prisión perpetua, a no ser detenido o privado de libertad ilegal o arbitrariamente, y en fin, a ser tratado acorde con la dignidad humana.  
Contra la venta, el secuestro o trata ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma, contra el uso ilícito de estupefacientes.

Las políticas públicas deben estar concebidas con la integración de todos y cada uno de los derechos comprendidos a su vez en cada uno de estos grupos, como única forma de garantizar una política de protección integral, ya desde la óptica de la prevención, ya desde la ejecución programática de atención universal como forma de protección.

Las políticas de Protección Integral a la niñez y adolescencia deben estar tendidas sobre la creación y activación de los mecanismos que sean necesarios, tales como los de carácter legislativo, educativos, culturales, sociales e institucionales que permitan subrayar el carácter universal de la protección para el vencimiento de cada uno de los obstáculos de carácter especialmente estructurales que han creado marcadas relaciones de inequidad para la infancia.

De los cuatro grupos de derechos contenidos en la Doctrina de Protección Integral, los derechos a la supervivencia, a la protección y a la participación forman un conjunto que convoca a la prioridad absoluta para todos los niños y niñas, para que se formulen y ejecuten políticas de Estado destinadas a la totalidad de la niñez y la adolescencia en materia de derechos y garantías a la vida, a la salud, a la educación, a la alimentación, al esparcimiento, a la asociación juvenil a la cultura, a la libertad, a la justicia y, en fin, al conjunto de derechos relacionados con el desarrollo personal y social, con la integridad y con la igualdad.

Pasar de "*ningún derecho para muchos niños*", o formulación de la injusticia en que se basa la Doctrina de la Situación Irregular, a "*todos los derechos para todos los niños*" o dimensión humana de la formulación de la Doctrina de la Protección Integral, no es tarea fácil, y mucho menos inmediata, pues requiere de una transformación integral de la sociedad; especialmente en el orden cultural, jurídico, social, económico e institucional.

La Convención sobre los Derechos del Niño; compromete a los países que la han ratificado a iniciar y continuar de manera



sostenida y progresiva un grupo de medidas de distinta índole entre las que destacan con especial atención las medidas de carácter legislativo, transformando las leyes internas en cuerpos que respondan a los principios y normas de Derechos Humanos, y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. También, los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen los cambios de la estructura y de los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los Tribunales de Niños se convierta por una parte en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, especialmente a través de los dictámenes de protección, y por la otra, sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones a los derechos de los niños, restableciendo las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables.

Los países firmantes de la Convención están obligados a dictar y ejecutar medidas de carácter administrativo creando condiciones reales a través de la adecuación institucional para que los derechos no sean amenazados, o para que en caso de amenaza sea fácilmente detectada, y para que las instancias de servicios públicos actúen conforme a los derechos reconocidos y declarados, de manera que los cumplan y garanticen. Igualmente, los países deben adoptar providencias educativas, dirigidas a toda la población para que la formación en derechos humanos sea una constante nacional que permita ir fomentando las bases de una conducta social conforme a esos derechos declarados y reconocidos, al tiempo que debe extirpar las prácticas socioeducativas que pretenden justificar la violación de los elementales derechos de niños, niñas y adolescentes.

Exige la convención que los Estados parte, tienen que ver con la movilización de la sociedad, con el objeto de conocer y promover los derechos de los niños y adolescentes, identificando las situaciones de violación y de amenazas de su violación;

participando en el fortalecimiento de las instancias que hagan posible la verificación y la eficacia de los derechos humanos para los niños. El fortalecimiento de las acciones para la garantía de protección integral está íntimamente vinculado con la organización de la sociedad en la exigencia de políticas públicas destinadas a vencer los obstáculos sociales, económicos y culturales que entorpecen el desarrollo integral de los niños y adolescentes.

También, es indudable la necesidad de fortalecer también a la sociedad civil y a sus organizaciones naturales. En el marco de estas medidas de movilización se hace imprescindible crear y multiplicar la cantidad de personas y organizaciones de la sociedad con el objeto de defender niños y adolescentes violados o amenazados de violación en sus derechos. Al mismo tiempo que asumen compromisos básicos al momento de suscribir y ratificar la Convención, también se están comprometiendo a afirmar las obligaciones de la sociedad, de los gobiernos y de las familias para una vida mejor, digna y de satisfacción de derechos individuales y colectivos de los niños y adolescentes que tenga el asiento de las relaciones humanas sobre las bases de la justicia, la paz y la libertad.

La Protección Especial como Derecho particular de la Protección Integral, ésta compromete a que además de las acciones y políticas globales para asegurar el derecho a la supervivencia, al desarrollo personal y social, a la integridad y a la participación; se deba prestar particular empeño en la formación de la estructura de protección especial para las situaciones de mayor vulnerabilidad en que se encuentran grandes cantidades de niños, niñas y adolescentes.

La aspiración y esperanza de la Protección Integral, está en la articulación de todas las acciones del Estado y de la sociedad para garantizar todos los derechos a todos los niños, y el ideal para el goce a plenitud de los derechos humanos estará conquistando un gran trecho cuando además de adoptar y

garantizar los derechos fundamentales, los de vocación universal, los de todos los niños y adolescentes; podemos vencer las situaciones de vulnerabilidad.

En ese sentido 16 de los 54 artículos de la Convención están destinados a reconocer derecho a los niños a estar protegidos contra toda forma de negligencia, abuso, maltrato, discriminación, explotación, violencia, farmacodependencia, crueldad, opresión y secuestro, entre otros. Para estas situaciones más que la atención de políticas globales para todos los niños, la Convención acuerda medidas especiales de protección que se conviertan en formas sociales de impacto real para transformar la situación de abierta desprotección en que se encuentran grupos determinados de niños. Ya no se trata de reconocer, cumplir y garantizar derechos universales en las políticas globales de una sociedad, sino de proteger a determinados grupos de niños, o a un niño en particular, de las situaciones adversas que le vulneran su condición humana. La Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales, como salud, educación, vida digna, etc., sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.

Por último, la protección Integral propone e insiste en un cambio cultural al que estamos obligados todos por igual. En ese sentido, debemos asumir la responsabilidad de iniciar una transformación en nosotros mismos, respecto a todos los mitos peligrosos y los tratamientos compasivos o represivos hacia la Infancia, entendiendo que los niños, niñas y adolescentes son seres en permanente evolución, son ciudadanos que de acuerdo a la dialéctica de la sociedad y a la evolución de sus condiciones, van

participando progresivamente en la misma sociedad que durante muchos años les ha relegado. Y también en ese sentido la solidaridad social está comprometida a orientar las acciones más adecuadas para el ejercicio eficaz de los derechos, tanto de carácter universal, como los de protección especial.

### **2.2.5. Interpretación iusnaturalismo y positivismo jurídico.**

Un resumen importante, realizado por (Juan A. PEREZ LLEDO y GONZALES LAGIER Daniel, s.f.) de la Universidad de Alicante en España, podrá ayudarnos a comprender respecto a nuestro título a desarrollar.

En los siglos XIX y XX, es la historia de la progresiva implantación, desarrollo y diversificación de un gran "*paradigma*" dominante, el del "*positivismo jurídico*", en el que todavía hoy nos encontramos, aunque en los últimos años haya entrado en crisis o esté siendo "*revisado*". Antes, es necesario incluir este tema introductorio, con el objetivo de aclarar el significado de "*positivismo jurídico*", analizando los diversos sentidos en que suele utilizarse esta ambigua expresión (Perez Lledó & Gonzales Lagier, s.f.).

Existe un contraste conceptual entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Entonces, ¿Qué es el positivismo jurídico?, a fin de responder a esta pregunta, conviene comenzar mostrando lo que NO es el positivismo, es decir, partir de su contraste con el iusnaturalismo, que sería el otro gran paradigma rival, por oposición al cual se define el iuspositivismo.

#### **2.2.5.1. El iusnaturalismo.**

Ha sido la tradición del pensamiento jurídico más duradera: sus orígenes se remontan a la Grecia y Roma clásicas con Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón, entre otros, y llega hasta nuestros días, habiendo sido la corriente dominante durante toda la Edad Media, el iusnaturalismo teológico: Santo Tomás, San Agustín, con la escolástica española, durante la Edad Moderna, en la época de la Ilustración, teorías del contrato social de Montesquieu, Rousseau, Locke, Hobbes; iusnaturalismo racionalista de juristas como Tomasio, Grocio, Pufendorf, etc.

A comienzos del siglo XIX el iusnaturalismo entró en una profunda crisis, pero no desapareció del todo, y después de la II Guerra Mundial se detecta un cierto "renacimiento" de las doctrinas del "*Derecho Natural*". De esta milenaria historia se desprende que el iusnaturalismo no es una sola teoría, sino una amplísima familia de teorías y autores enormemente heterogénea. Pese a tanta diversidad, podemos sintetizar un mínimo de "*idea central*", que consistiría en sostener estas dos tesis:

**Primera tesis:** Que, por encima del Derecho positivo de la ley humana, "*creada*" por el legislador, cuya existencia, obviamente, no se niega, existe un "*Derecho superior*", llamado "*Derecho Natural*". Este – derecho- estaría formado por un conjunto de normas y, sobre todo, PRINCIPIOS, que son MORALES, aunque los iusnaturalistas los califican de "*Derecho*", pero "*Derecho*" en un sentido "*Natural*" distinto del "*Derecho Positivo*".

De este "*Derecho Natural*" se predicán las siguientes características:

1. Sus normas y principios son "*naturales*", en el sentido de que su fuente no es el "*legislador positivo*", sino "*la naturaleza*", interpretada ésta de muy diversas formas: Cómo la "*naturaleza divina*", en el iusnaturalismo cristiano-medieval; "*la naturaleza racional*" del ser humano, según el iusnaturalismo racionalista e ilustrado del siglo XVIII. Sea como fuere, la invocación de los iusnaturalistas a "*la naturaleza*" no alude normalmente a la naturaleza física: no hacen referencia a propiedades identificables en el espacio y en el tiempo y susceptibles de percepción empírica, por los sentidos. Los iusnaturalistas, por el contrario, aluden a la naturaleza pero entendida como una instancia suprasensible, "*trascendente*" o "*transnatural*", sea teológica, sea metafísica, de la cual no obstante se predica su existencia real, aunque sea un modo de existencia distinto de como existen las mesas y las sillas, los principios del Derecho Natural proceden de una instancia que "*existe*" en el sentido, por ejemplo, en el que según Platón las ideas existen realmente en el "*mundo de las ideas*", que es distinto del mundo sensible.

2. Son "*verdaderos*", en la medida en que reflejan, describen o expresan fidedignamente esa naturaleza de la cual derivan: los juicios morales son pues susceptibles de ser calificados como "*verdaderos*" o "*falsos*" según correspondan o no con ciertos "*hechos*" morales objetivos.

3. Son "*cognoscibles*", en el sentido de que los seres humanos podemos llegar a conocer esos principios de Derecho natural, o, al menos los más importantes. Los diversos enfoques iusnaturalistas discreparán acerca de cuál sea el medio o vía de conocimiento del Derecho natural: la revelación divina, la reflexión racional, la intuición, los sentidos, en la observación del mundo empírico como vía indirecta para reconocer los dictados de la naturaleza.

4. Son "*universales*" en cuanto al espacio: se trata de principios y normas válidas en cualquier lugar del mundo, no es exclusividad para determinados países o sociedades).

5. Son "*inmutables*" en cuanto al tiempo: se trata de principios y normas válidas en cualquier momento o época histórica, es decir, son eternos, es decir, siempre existieron y seguirán existiendo.

Repárese en que esta primera tesis es en realidad una tesis acerca de la justicia, es una tesis de filosofía moral: los iusnaturalistas llaman "*Derecho Natural*" a los principios y derechos morales más básicos en los que radica lo justo, entre otros: derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la resistencia frente a la opresión.

Así, para los iusnaturalistas racionalistas liberales de la Ilustración, el derecho de propiedad privada. La moralidad radicaría en estos principios con las características antes mencionadas. No obstante, los iusnaturalistas por supuesto que no niegan la existencia del Derecho positivo; pero la condicionan de la siguiente manera:

**Segunda tesis:** el Derecho positivo sólo es verdadero Derecho si es conforme con el Derecho Natural, básicamente, si no viola gravemente los principios más básicos del Derecho Natural. Para que un orden normativo humano positivo, sea Derecho es necesario que sea moralmente justo. Si un ordenamiento jurídico positivo no concuerda con el Derecho Natural, o sea, con la moral, entonces no es simplemente que estemos ante un "*Derecho positivo injusto*": ese ordenamiento ni siquiera

sería calificado como Derecho. Sería -según los iusnaturalistas- una simple "*aparición de Derecho*" o una "*corrupción*" del Derecho, pero no auténtico Derecho. Esta segunda tesis sí es una tesis acerca del concepto de Derecho: no versa sobre qué es lo justo o injusto, sino sobre qué es o no Derecho. Lo importante es que vinculan lo segundo con lo primero: lo que sea Derecho se determina, en función de propiedades valorativas, en función de la justificación moral de sus normas, o sea, de su adecuación a ciertos principios de justicia llamados "*Derecho Natural*". Para que una norma sea jurídica no basta con que sea dictada por el órgano jurídicamente competente, mediante el procedimiento jurídicamente establecido, además, esa norma tiene que ser moralmente justa, porque si no lo es, no es Derecho.

#### 2.2.5.2. *El positivismo jurídico.*

Del mismo modo que el iusnaturalismo, es también una heterogénea –familia- de autores y teorías muy diversas, en el tiempo de más reciente data. También respecto del positivismo jurídico podemos apuntar dos tesis generales -estrechamente ligadas entre sí- que constituirían el común denominador, compartido por los diversos iuspositivismos:

**Primera tesis**, la denominada "*tesis de las fuentes sociales del Derecho*": Que, sólo es Derecho el Derecho positivo, los diversos ordenamientos jurídicos positivos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. Esta tesis insiste en que el Derecho es una creación humana e histórica, contenida en el espacio y en el tiempo, no un producto de instancias trascendentes o metafísicas. La existencia de Derecho en una sociedad sólo depende de determinados hechos sociales observables.

**Segunda tesis**, la "*tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral*": el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta únicamente propiedades descriptivas; Así: la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia. No existe una conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral. Repárese en que esta vez las dos tesis versan acerca del concepto de Derecho, acerca de qué es

y qué no es Derecho. Nada se dice acerca de qué sea lo moralmente justo. Aceptar un concepto positivista de Derecho, y sólo esto es lo común a todos los iuspositivistas, es compatible con cualquier postura acerca de la moral. En el terreno de la justicia, un iuspositivista puede ser emotivista, es decir; la justicia es algo emotivo e irracional, no hay criterios para justificar racionalmente nuestras preferencias morales: el discurso moral carece de sentido, muchos juristas iuspositivistas, son además irracionalistas en ética; o puede abrazar una determinada concepción de la justicia, como el utilitarismo, kantismo, historicismo, comunitarismo, marxismo, cristianismo, etc.

### 2.2.5.3. *Positivismos filosóficos.*

El término "*positivismo*", a secas, es anterior y tiene un significado mucho más amplio que el de "*positivismo jurídico*". El positivismo jurídico supuestamente representaría la plasmación, en el específico campo del Derecho, de toda una gran orientación acerca del conocimiento "*en general*" que durante el siglo XIX se consolidó definitivamente en los más diversos campos del saber: en la filosofía, en las ciencias naturales, y en las ciencias sociales o humanas. Como en la sociología, la historia, la economía, etc. Como orientación global acerca del conocimiento, este positivismo "*en general*" puede ser denominado "*positivismo filosófico*", ya que se trata de una determinada corriente de epistemología o teoría del conocimiento, una de las ramas tradicionales de la filosofía. El positivismo filosófico o científico, o sociológico, o "*positivismo*", más que una teoría elaborada o una doctrina concreta, es ante todo una "*mentalidad*" o "*actitud genérica*" acerca del conocimiento humano: una actitud "*empirista*", "*cientificista*" o "*materialista*", que se opone radicalmente a toda visión "*idealista*", "*metafísica*" o "*cuasi-religiosa*" del mundo y de su conocimiento. El positivismo supone el rechazo de la metafísica y de los valores como objeto de conocimiento, y defiende el método de la observación empírica y de la inducción, no sólo para las ciencias naturales, sino también para las ciencias humanas o sociales. El paradigma de conocimiento válido es aquél obtenido y verificado según el "*método científico*", siendo las ciencias naturales, como son la física, química, biología, etc., el modelo ideal de científicidad, al cual las ciencias



sociales, la sociología, historia, economía, etc. pueden y deben aproximarse. El positivismo representa en todo caso, el rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas que constituyen el objeto de la metafísica, y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución. El positivismo filosófico se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece, de los fenómenos, y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos. Su finalidad, es saber para prever, y prever para poder. Se trata de una filosofía que, rechazando toda metafísica, pretende fundamentarse solamente en los hechos "*positivos*", conocidos exclusivamente por medio de la observación y de la experiencia, intentando llegar a un conocimiento no universal, absoluto, sino general, resumiendo, coordinando y sistematizando las leyes descubiertas y formuladas por las distintas ciencias, entre las que se incluyen la ciencia del hombre y de la sociedad, de cuya aplicación a las mismas del método positivo se esperaban los resultados más importantes.

Podemos resumir que el positivismo defiende:

1. Objeto de conocimiento: La sustitución de la especulación metafísica, acerca de entidades ideales o suprasensibles, por el estudio de hechos observables, en ciencias sociales, hechos sociales, o sea, efectivos comportamientos humanos: el objeto de estudio ha de ser únicamente la realidad objetiva, lo "*dado*", lo "*puesto*" ante nuestros sentidos, siendo que "*positivismo*" viene del latín "*positum*"= puesto).
2. Método de conocimiento: Ese estudio de los hechos ha de realizarse siguiendo un riguroso método empírico según el patrón de las ciencias naturales: a) observación neutral y objetiva de hechos particulares; b) a partir de ellos, por inducción, es decir, por inferencia de lo particular a lo general, se hipotetizan enunciados generales ("*leyes*" y teorías científicas), los que describen regularidades y explican relaciones causales entre esos hechos; c) esas leyes y teorías han de ser nuevamente verificadas o confirmadas por los hechos, o al menos ha de mostrarse que no han sido hasta el momento desmentidas, "*falsadas*" por los hechos; d) las leyes científicas y las teorías en las que éstas se sistematizan, una vez así validadas, permitirán inferir, esta vez, por

deducción: inferencia del enunciado general al caso particular, predicciones sobre hechos futuros.

Para los positivistas, el conocimiento científico es un conjunto de generalizaciones sobre hechos. El último árbitro de cualquier teoría son los hechos. El conocimiento evoluciona a través de un proceso iterativo por el que contrastamos afirmaciones generales con lo que podemos demostrar que es el caso. Los métodos de la investigación empírica nos permiten determinar si las leyes que hipotetizamos describen adecuadamente los hechos que podemos aprehender. Teoría y método se definen en este contexto. Debemos formular leyes de forma que puedan ser falsadas por la investigación fáctica (teoría), y debemos disponer de formas con que medir los hechos frente a las relaciones postuladas por la teoría (método). (Juan A. PEREZ LLEDO y GONZALES LAGIER Daniel, s.f.)

#### 2.2.5.4. *Juspositivismo "Sociologista" o "Realista"*

Por un lado, hubo y hay un cierto positivismo jurídico que sí puede considerarse como la traducción o plasmación directa, en el campo del Derecho, del llamado "*positivismo filosófico*": algunos juristas positivistas utilizan el método empírico para estudiar el Derecho contemplándolo como un fenómeno social más, como conductas sociales efectivas, el de los jueces o de los ciudadanos. Ellos estudian el Derecho en cuanto que hecho social, centrándose en las causas y consecuencias sociales "*reales*" de las normas, su eficacia social, su interpretación basada en los fines sociales subyacentes a las normas, etc. Para este iuspositivismo lo que interesa no es tanto el análisis lingüístico de las normas en cuanto que formalmente válidas, ni la estructura formal de los sistemas normativos y sus relaciones lógicas internas, sino más bien la dimensión social del Derecho, que es estudiada con los métodos de las ciencias sociales empíricas: la ciencia jurídica tiende a aproximarse y hasta confundirse con la sociología del Derecho. Más que un análisis "*interno*" y autónomo del Derecho formalmente válido, -Derecho en los libros-, que sería el enfoque tradicional de la ciencia del Derecho (dogmática jurídica), este iuspositivismo desarrolla un análisis "*externo*" del Derecho socialmente eficaz. -Derecho en acción-, tomado como fenómeno no

aislado sino ligado a los aspectos sociales, históricos, económicos, políticos, etc. de las normas. Este tipo de iuspositivismo estudia el Derecho, abstrayendo conceptos generales a partir de los datos suministrados por la observación histórica o etnográfica de las instituciones jurídicas de las distintas épocas y países, permaneciendo de este modo en el ámbito de la sociología y del auténtico y propio positivismo.

#### 2.2.5.5. *Juspositivismo "Formalista" o "Legalista"*

Emplea, igualmente un método abstracto y generalizador, aplicando a los datos sacados de los ordenamientos jurídicos "*positivos*", si bien en un sentido puramente formal, esto es, a ordenamientos constituidos por normas "*positivas*" en el sentido -tradicional en el lenguaje jurídico- de validez formal, independientemente del hecho, que sería el dato verdaderamente positivo de su efectiva observancia por parte de los miembros de la sociedad. Es decir, para este otro iuspositivismo, el OBJETO de estudio, es el dato, lo dado, lo puesto o "*positum*" no son en realidad hechos sociales, esto es conductas humanas externas y observables, sino normas "*positivas*" en el sentido de formalmente válidas, puestas por el legislador siguiendo los procedimientos prescritos por el propio Derecho, típicamente, textos legales: el "*Derecho en los libros*", independientemente de su eficacia y de sus causas y efectos sociales. Esas normas formalmente válidas se asimilan a los hechos o "*fenómenos*" a los que se refería el positivismo filosófico, pero obviamente no se trata de hechos o conductas sociales observables, sino de enunciados con su significado normativo, los que se toman aislados de su contexto social, histórico, "*real*". Y, en cuanto al METODO de estudio del Derecho, este iuspositivismo formalista no utiliza los métodos sociológicos empíricos, sino que analiza lingüísticamente los enunciados de las normas, extrae su significado o significados, construye conceptos jurídicos, analiza las relaciones lógicas entre las normas, las sistematiza, etc., siguiendo un "*método jurídico*", el tradicional de la dogmática jurídica, que es bien distinto del de las ciencias sociales empíricas. Aquí impera la lógica y los métodos de interpretación lingüística y del análisis conceptual, y no el método científico empírico

que veíamos a propósito del positivismo filosófico o "*general*". La ciencia jurídica "*positivista*" en este segundo sentido se aproxima más a las "*ciencias formales*", como la lógica, que a las "*ciencias empíricas o materiales*", como la sociología; es decir, se aleja del modelo genuinamente positivista de ciencia. El contraste entre estas dos grandes corrientes del positivismo jurídico, sociologista versus formalista, parece claro, ya que, una cosa es la positividad de un efectivo, concreto comportamiento humano (iuspositivismo sociologista), y otra es la positividad constituida en base a la existencia formal de una norma (iuspositivismo formalista).

El positivismo filosófico y el positivismo jurídico sociologista, aparece unido al dato histórico, si bien realizando una función generalizadora. El positivismo jurídico formalista, en cambio, prescinde de la historia, y llevado por su formalismo, termina por asumir un carácter histórico. De todo lo anterior se desprende pues que el positivismo jurídico "*formalista*" es en realidad mucho menos "*positivista*", en el sentido del positivismo filosófico, del positivismo -en general- tal y como es entendido en sociología y en el resto de las ciencias sociales, que el positivismo jurídico "*sociologista*" o "*realista*".

Así, es frecuente referirse a las tres grandes tendencias, "*paradigmas*" o "*tradiciones*" del pensamiento jurídico con las etiquetas de "*iusnaturalismo*", "*positivismo jurídico*", y "*realismo jurídico*". En realidad sería mejor hablar de "*iusnaturalismo*", "*positivismo jurídico formalista*" y "*positivismo jurídico realista (o sociológico)*". (Juan A. PEREZ LLEDO y GONZALES LAGIER Daniel, s.f.)

### **2.2.6. Prisión por deudas en el Derecho Constitucional.**

Es en Roma donde se ideó un sistema para obligar la forma de lograr el pago de una deuda, ésta se llamaba *nexum*, en el que el deudor se vendía al acreedor a través de la *mancipatio*, garantizando con su propia libertad personal el pago de la deuda.

La ley Poetelia Papiria(326 a.C.) abolió indirectamente el *nexum*, al impedir que los deudores fueran encadenados, vendidos o muertos, estableciendo entre deudor y acreedor un vínculo jurídico garantizado por el

patrimonio del deudor, en lugar del vínculo físico que devenía del *nexum*. No obstante, si el deudor no cumplía con lo adeudado, según el procedimiento de la “*legis actiones*”, y se constataba el incumplimiento, pasados 30 días, existía la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva de la “*manus iniectio*”, por la cual el acreedor podía petitionar la entrega del deudor para llevarlo a su casa y tenerlo allí en prisión bajo ciertos requisitos, pudiendo llegar a venderlo como esclavo o repartirse su cuerpo entre los acreedores. Con el procedimiento de la “*bonorum venditio*” de la época republicana, comenzó a accionarse contra el patrimonio del deudor vendiéndolo en bloque en pública subasta. Posteriormente, los griegos también conocieron lo que era la prisión por deuda, que desapareció gracias a Solón.

En el siglo XV en Castilla, también fue restablecida la prisión por deudas para judíos y musulmanes. En la época medieval, la detención preventiva “*pro debito*” o prisión por deudas, era una práctica minoritaria y, en su caso, la falta de bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores se resolvía preferentemente con su puesta en servidumbre de los mismos.

En Europa, hacia el año 1800, los deudores eran encarcelados sin posibilidad de trabajar hasta que –de algún modo- pagaban sus deudas. En muchos casos, el deudor podía pasar décadas en prisión antes de ser amnistiado ante la evidencia de ser incapaz de pagar, o moría en prisión olvidado por todos.

La revolución francesa fue la que proclamó la prohibición de la prisión por deudas.

Más tarde, ya en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece que “*nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*” (Arias Lopez, 2016).

Es importante señalar que en nuestro actual derecho constitucional, se proscribió –prisión por deudas-, ello a razón de una evolución en sus fines y objetivos del derecho penal en consonancia al respeto de los Derechos Humanos, al unísono instrumentos legales internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 7.2, coinciden en este principio, sin embargo, en nuestra Constitución Política subyace la excepción de viabilizar esto de –prisión por deudas- que nacen de la obligación de dar alimentos.

Así, ésta excepcionalidad del supuesto de “prisión por deudas”, contraviene principios elementales del Derecho, sino que agrede al concepto de Interés superior del Niño, dado que uno de los supuestos políticos de tal excepción es por darle eficacia a éste principio, pero también por su ineficacia social práctica- inflación punitiva, siendo un ejemplo más de lo que se ha dado en llamar “*derecho penal simbólico*”. Es decir, una forma de código penal adaptado y, sobre todo, adaptable con facilidad y flexibilidad, a los dictados de la más superficial, criticable y voluble opinión pública, decisiones políticas, que no razonan respecto a los principios penales como ofensividad, intervención mínima, etc. y los fines de la pena de prevención general y especial en sus aspectos negativo y positivo (Marquez Garcia, 2013).

Por otro lado el Tribunal constitucional, en EXP. N.º 1428-2002-HC/TC, razona al respecto, que:

1. En concreto, si en el caso, se afectaría el principio constitucional de que no existe prisión por deudas.
2. El artículo 2º, inciso 24), literal "c", de la Constitución Política del Estado señala, como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que "*no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios*".

El Tribunal Constitucional considera que cuando el literal "c", del inciso 24), del artículo 2º de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil.

La única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del -incumplimiento de deberes alimentarios-, toda vez que están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.

Así, tal precepto constitucional –y la garantía que ella contiene- no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.

El Tribunal Constitucional, al determinar si el incumplimiento de pago de los beneficios sociales del agraviado del proceso penal constituye, en realidad, una obligación de orden civil, donde, por tanto, no cabe que se dicte judicialmente la privación de la libertad; o, por el contrario, una verdadera sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento sí puede legitimar el dictado de la sentencia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el pago de los beneficios sociales constituye, a la vez que un derecho del trabajador, una obligación del empleador, que no tiene naturaleza de sanción penal cuando ésta es ordenada por un juez en materia de trabajo o con competencias en materia laboral. En tal caso, la obligación de pago que pesa sobre el empleador asume el carácter de una obligación de naturaleza civil y, por tanto, su incumplimiento no puede concluir con la privación de la libertad locomotora del sentenciado.

Sin embargo, cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar los beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de la libertad del sentenciado, establecida condicionalmente, como sucede en el presente caso.

Es decir, una obligación de carácter civil, al trasladarse como obligación judicial de naturaleza penal, contenida en una resolución judicial, entonces puede existir una pena de privación de la libertad, asunto muy discutible, siendo que no desaparece –una deuda- de naturaleza civil.

### **2.2.7. La obligación alimentaria e Interés Superior del Niño.**

En una convivencia familiar –normal-, es frecuente que los alimentos se satisfagan en especie y de esta manera el obligado cumpla su deber, proporcionando todo lo necesario para el sustento del alimentista. Este estatus de –normalidad- se ve transformada, cuando entre ambos conyugues se presentan desavenencias o antagonismos, es común que el alimentista recurra al juez pidiendo que quien debe alimentarlo cumpla con hacerlo, para lo cual –generalmente- se fija una suma de dinero llamada pensión alimenticia.

Es común observar la composición de un proceso judicial encaminado a declarar la obligación alimentaria y señalar su monto y manera de cumplimiento. Así, se lograría la intención del legislador de rodear al proceso de alimentos, de la celeridad necesaria para alcanzar el amparo de la pretensión alimentaria, en procura de eliminar o reducir el perjuicio al alimentista, lo cierto es que, ante la actual circunstancia por la que atraviesa nuestro Poder Judicial, esa finalidad es entorpecida o retardada.

Frente a esta circunstancia y porque la solidaridad humana impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades, tanto más si es un pariente, el convenio sobre alimentos se presenta como la mejor alternativa para hacer frente a las dificultades presentes, logrando con ello, además, que los protagonistas asuman su responsabilidad y, en muchas ocasiones, la recomposición de la relación que alguna vez existió entre alimentante y alimentista.

No obstante, se discute si la autonomía privada puede regular válidamente los alimentos. Cabe precisar que el vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos personas, derivado de la unión matrimonial o extramatrimonial, de la filiación o el parentesco, y en virtud del cual existen, de manera interdependiente y habitualmente recíproca, determinadas



facultades otorgadas para el cumplimiento de deberes, como medio de protección de intereses legítimos que constituyen el interés familiar.

Estando a que una de las características peculiares del Derecho de Familia es la mayor restricción de la autonomía privada, por estar predominantemente conformado por normas inexcusables. Tal mandato de las normas jurídicas familiares está destinada a satisfacer el interés familiar, que consiste en la realización de los fines esenciales de la organización legal de la familia. Por ello, los vínculos jurídicos familiares tienen su contenido predeterminado por la ley y, siendo así, no puede disponerse por el arbitrio individual.

En tal sentido, se sostiene a priori que el rol de la autonomía privada en el Derecho de Familia reside en la constitución de los vínculos jurídicos familiares regulados imperativamente por la ley, cuyo contenido es prácticamente indisponible. Sin embargo y al no estar referido a la indisponibilidad de las partes, el modo de obtener la realización de los intereses familiares, se evidencia que la autonomía privada también puede precisar cómo obtener su satisfacción.

Es decir, la ley establece cuáles son los derechos y deberes –el contenido- que se deriva de los vínculos jurídicos familiares y que deben ser observados por los componentes del grupo familiar, sin imponer la manera de su ejecución, lo que corresponde a la autonomía privada, la cual, se ve orientada por la atención del interés familiar. Por tanto, la autonomía privada puede disponer el modo de obtener la realización de los intereses familiares, satisfaciéndolos de hecho durante la convivencia o mediante acuerdos conciliatorios para solucionar conflictos familiares.

Ahora, siendo el fin del derecho alimentario la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, los alimentos pueden ser atendidos de la manera que la autonomía privada lo establezca, con prescindencia de la continuación o no de la convivencia.

Esto se comprende, mejor, recordando que las características del derecho a pedir alimentos tienen un matiz diferente respecto de la pensión de alimentos. Así, el derecho a pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible, incompensable y se extingue por la muerte del

alimentante o del alimentista; la pensión alimenticia es inembargable, determinable, variable, circunstancial y se extingue por prescripción.

El carácter determinable de la pensión de alimentos se explica en el artículo 481 del Código Civil, dice: *“los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo, además, las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor”*.

Literalmente, la norma establece la determinación judicial de los alimentos y, al parecer, siempre la pensión alimenticia será fijada por el juez, quien en su caso valorará las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante. Sin embargo, la disposición legal no señala el carácter excluyente de la determinación judicial, resultando, entonces, que la interpretación debe concluir en que sólo si alimentante y alimentista no determinan los alimentos, existirá la fijación judicial.

Así, se comprueba que, dentro de los parámetros impuestos por la norma, existe un marco autónomo que permite a alimentante y alimentista valorar por sí mismos, sin necesidad de la participación de un juez, sus requerimientos y posibilidades para fijar, luego, una pensión alimenticia convencional y válidamente; alcanzando, así, la satisfacción del interés familiar que fundamenta la relación alimentaria.

Entonces, lo que la autonomía privada no puede realizar es sobrepasar los parámetros impuestos por la norma. Ello comúnmente se observa cuando, quien está obligado al pago de una pensión de alimentos previamente determinada judicialmente en dinero, decide unilateralmente atender el pago mediante prestaciones diferentes a las que debía cumplir, sin que medie autorización judicial de acuerdo con el artículo 484 del Código Civil. Así, por ejemplo, decide pagar los costos educativos directamente a la Institución Educativa o entrega directamente de bienes determinados al alimentista; desconociendo lo establecido mediante resolución judicial. En estos casos, se sostiene la procedencia de una compensación entre lo debido judicialmente y lo entregado unilateralmente. Esta postura olvida que, siendo inembargable la pensión de alimentos, la compensación está expresamente prohibida de acuerdo con el inciso 3 del artículo 1290 del

Código Civil. Se suele responder que, habiendo recibido el alimentista tales prestaciones diferentes, se ha producido una dación en pago; quedando cancelada, de esta manera, la pensión de alimentos. Sin embargo, este criterio desconsidera que, al estar fijada judicialmente el monto y la manera de cumplimiento de la pensión de alimentos, el pago sólo se entenderá efectuado cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación en la forma establecida; no pudiéndose compeler al acreedor alimentario a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley lo autorice, conforme a los artículos 1220 y 1221 del Código Civil.

Concluimos, que las prestaciones diferentes efectuadas a la que se debía cumplir según la resolución judicial, constituyen liberalidades realizadas por el alimentante a favor del alimentista; resultando exigible la pensión de alimentos en la forma fijada judicialmente, por haber quedado impaga. Frente a ello, los deudores alimentarios plantean la repetición de lo pagado. Igualmente, este pedido resulta improcedente desde que no hay repetición de lo pagado para cumplir con deberes morales o de solidaridad social, según el artículo 1275 del Código Civil.

Evidentemente, el mandato de la regulación se presenta como límites a la autonomía privada a fin de promover el derecho alimentario, el que forma parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado. El artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo. De acuerdo con la citada norma de rango constitucional, al enumerar los distintos componentes del pleno desarrollo: Físico, mental, espiritual, moral y social, es claro que para alcanzar un nivel de vida adecuado, no basta con satisfacer las necesidades básicas, como son: Nutrición, vestuario y vivienda.

La efectividad de este derecho de la infancia, es reconocida a la familia y al Estado sobre la base de los principios de solidaridad y de subsidiariedad. Así, se postula que su aplicación corresponde en primer lugar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos; precisándose que el Estado debe ayudar a los padres y a las personas encargadas de satisfacer las necesidades del niño y, en caso ellos no puedan hacerlo, debe

intervenir proporcionando asistencia material de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios.

Dentro de esta concepción, se contempla al derecho alimentario como parte del contenido del derecho a un nivel de vida adecuado; evidenciando que la obligación alimentaria paterna se asienta en el vínculo parental que existe con el hijo, en tanto tal prestación está comprendida entre las derivadas de dicha relación.

Reconociéndose, entonces, que el deber alimentario paterno y, por extensión de los responsables financieros del niño, constituye uno de los elementos de mayor incidencia en el desarrollo personal del menor, se exige que tal conducta legal debe ser constantemente observada por los organismos de tutela y ser requerida al responsable cuando se evidencia una insuficiente o inexistente prestación.

Por ello, uno de los problemas que más inciden para frustrar o entorpecer el pleno desarrollo del niño está constituido por la inobservancia paterna del deber de asistencia en su aspecto alimentario, aspectos de indudable trascendencia en atención a los requerimientos propios del sujeto alimentado, al tratarse de menores de edad y en razón de sus particularidades en cuanto a la necesidad de conformar su evolución psicofísica.

Frente a esa realidad, la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados la instrumentación de los medios para obligar al renuente u omisivo a cumplir con dicho deber. El inciso 4 del citado artículo 27 postula la adopción de normas que traten con mayor energía la deserción alimentaria. De acuerdo con ello, deben preverse mecanismos que faciliten el acceso a la justicia; debe eliminarse las trabas procesales que afecta la urgencia alimentaria; y, deben adoptarse estrategias de control judicial y social que garanticen la efectividad de la prestación. En última instancia, en tales medidas que se adopten para desalentar el incumplimiento del deber alimentario paterno, se debe poner especial cuidado en subrayar que la consideración primordial es el interés superior del niño.

### 2.2.8. Alimentos y el delito de Omisión de la Asistencia Familiar.

Negándose el carácter punitivo frente a la omisión de una obligación de pago, se estaría desmintiendo el carácter de delito que a veces se atribuye a las deudas, por ser de materia civil y además, de reconocer la dignidad de la persona, su incumplimiento no se resarce con la pena privativa de la libertad.

La excepción indica que no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios, pues el marco diferenciador frente a esta omisión está en la de la restricción de la libertad locomotora frente al padre o tutor que incumpla con entregar bienes con carácter y fin alimentario frente a sus hijos o apoderados.

Este aspecto es respaldado por el artículo 149 del código penal que prescribe:

*“El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.”*

Este artículo penal se justifica en la necesidad de cautelar la vida, la salud, la integridad del alimentista, pero también debe tenerse en cuenta que esta medida no es positiva, pues al ingresar la persona a la cárcel verá mermada aún más la posibilidad de pagar su obligación alimentaria, debiendo por lo tanto buscarse otras medidas para asegurarse el pago de este tipo de deudas; siendo así, vemos que este artículo tiene carácter preventivo general, con el fin de garantizar el pago de alimentos a quienes le favorecen.

## 2.3. Definiciones Conceptuales

### 2.3.1. Interés superior de niño.

La doctrina estipula como un principio, principio rector o principio garantista, que viabiliza el mejor modo de atención no solo legal sino del trato de hecho al menor de edad, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, asevera que tal principio recorre el respeto del goce de una protección especial, así como la disposición de oportunidades y servicios no sólo dadas por ley, sino por –otros medios- que eleven los derechos del niño a fin de que éste se desarrolle física, mental, espiritual y socialmente de manera saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad (Declaración de los Derechos del Niño, 1959).

Hasta aquí, componentes básicos que hay que desarrollar en su amplitud de aplicación, en primer término se tiene que el niño gozará de una -protección especial-, el derecho generalmente tiende a proteger tal o cual bien jurídico o grupos de interés con relevancia jurídica, sin embargo entre éstos mal podría calificar protección –especial- al de otro que no sea necesaria una protección de éste tipo, sin embargo, al exigir una –protección especial-, al niño, esto se entiende que los operadores del derecho, las instancias gubernamentales así como los entes privados, están llamados a buscar entre sus acciones inherentes, cuando está de por medio intereses del niño a realizarlos con –la mejor forma de protección al niño-, ésta tesis es recogida por la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3 en su versión oficial en Inglés, la citada norma expresa: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child shall be a primary consideration***” (subrrayado y resaltado nuestro). Se traduce la parte resaltada, “... Los mejores intereses del niño deben de ser una consideración primaria (o primordial)”, esta aseveración amplía el contenido de una –protección especial- a los límites de cada caso en concreto, a la mejor consideración del niño en un caso dado.

Por ley y por otros medios, se exige que los derechos del niño puedan desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente de manera saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad. El desarrollo físico y mental,

es el conjunto de derechos de los que son titulares los niños son el fruto progresivo, que va dándose el transcurso de la vida en su descubrimiento de una particular atención cultural y social respecto de la niñez como fase específica de la existencia humana, la cual es merecedora de una atención especial, que sin duda contiene requisitos de atención patrimonial, como el de proveer los alimentos, vestimenta y otros, en nuestra realidad jurídica entendemos por alimentos, los que el Código Civil Peruano Art. 472 “*Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia*”. Así mismo nuestro Código del Niño y del Adolescente, Peruano Art. 92, “*Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto*”. Sin duda para cumplir a cabalidad este interés superior es necesario inversión dineraria. En el otro extremo, encontramos el desarrollo espiritual y social, los que son complejos en su construcción dadas las connotaciones en la estructura humana, la afectividad, esa relación de alimento espiritual madre y padre – hijo, sin duda establecen requisitos sine qua non, el niño no podría lograr un equilibrio afectivo emocional, desarrollo psicomotor, desarrollo intelectual y desarrollo afectivo-social, connotaciones importantes que van a establecer en el niño un desarrollo integral, los que en el devenir ofrecerán un ciudadano de calidad. (Gonzales, 2005).

La condición de libertad y dignidad, son presupuestos, que confluyen en lograr un desarrollo amplio del niño, cualquier contravención a la libertad y dignidad del niño sin duda repercutirá en el desarrollo integral del niño, haría inviable todo lo presupuestado a razón del interés superior del niño.

### **2.3.2. Interpretación jurídica del delito de OAF.**

El delito de Omisión a la Asistencia familiar (en adelante OAF), establece su existencia por al menos dos interpretaciones jurídicas, es decir, una iusnaturalista y otra positivista (Oré Chavez I. A., s.f.), estas interpretaciones se han ido forjando históricamente, en consecuencia que se han mezclado incluso ambos a fin de establecer una viabilidad jurídica en nuestra realidad social, así: Para el IUSNATURALISMO el deber de

alimentar es una obligación natural, que constitucionalmente pre existe a su reconocimiento por el Estado, sea legalmente o por mandato judicial, éstos en consecuencia de una obligación prístina, es decir, una obligación primitiva, original, anterior y primera en el tiempo, natural a los seres humanos. Sin embargo, esta obligación prístina deberá ser positivizada insertándose en el orden social, allí donde nace el POSITIVISMO, el mismo que podría tomar o no color del iusnaturalismo, en si sería “hechos reparadores con el arrepentimiento con obras y el perdón”, ò el mandato de resarcir el daño como reparación civil, es decir en un orden natural corregir una conducta con la redención y positivamente el castigo pecuniario por contravenir el respeto al orden social regulado por el Estado.

Positivismo e Iusnaturalismo, han establecido en nuestra histórica legislación en materia de OAF, un lenguaje y dogmática de índole iusnaturalista y positivista, la misma que ha arribado e nuestros días el delito de OAF, claro ésta en sintonía de dos aspectos importantes, la excepción a la regla de -no hay prisión por deudas- salvo las DEUDAS POR ALIMENTO, y EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO como urgencia en darle las garantías de cumplimiento, sea el mandato natural o judicial de obligarse a asistir a su prole con alimentos.

### **2.3.3. Actividad Jurisdiccional del delito de OAF.**

La actividad jurisprudencial, establece el cumplimiento de los fines y objetivos del aparato judicial, es decir el desarrollo del derecho, en si el establecimiento del orden jurídico o del orden justo, pone énfasis en el otorgamiento de lo debido o del derecho a cada miembro de la sociedad y a la sociedad misma, con que poder lograr su desarrollo y bien propio, los que coinciden con el bien común y paz social. Sin embargo, la actividad jurisdiccional al exigirse estos objetivos generales del derecho, ha desnaturalizado los mismos, dado que a la fecha establecen bases y motivación que desarrolla un fin utilitarista, o lo que funciona.

### **2.3.4. Factores socio - políticos del delito de OAF.**

El Estado de derecho, establece normas y leyes que cumplir, éstos nacen desde una necesidad social y su viabilidad en el sistema, sin embargo muchas veces estos no tienen su iteres en las necesidades focalizadas o estudiadas, si



no en una presión social, y éste de hecho contraviene al sistema en sí, así por ejemplo se resuelve dejar sin efecto un contrato de explotación minera por razones políticas y de presión social, el hecho de la existencia del delito de OAF, se entremezcla entre la calificación social y la búsqueda de no traumatizar el cumplimiento de una deuda por alimentos, dizque, en pro de la defensa del Interés superior del niño.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1. Tipo de Investigación

Se considera tipo de aplicada a toda investigación por que busca la aplicación o utilización de conocimientos adquiridos, o en muchos casos la implantación de resultados obtenidos por otros investigadores en un nuevo contexto (Vargas Cordero, 2009).

El presente trabajo pertenece al tipo de investigación APLICADA, porque se utilizó el poder punitivo como mecanismo para poder analizar el delito de omisión a la asistencia familiar y su relación con el Interés Superior del Niño.

#### 3.2. Nivel de Investigación

El presente trabajo pertenece al nivel de investigación DESCRIPTIVO – EXPLICATIVO.

Descriptivo, porque la presente investigación tiene el objetivo de describir los fundamentos de *interpretación jurídica* que causaron que la omisión a la asistencia familiar haya obtenido connotación penal. Asimismo la investigación consiste únicamente en recoger información de manera independiente respecto a las variables Interés Superior del Niño y el delito de Omisión a la Asistencia Familiar (Hernandez Sampiere, Fernadez Collado, & Baptista Lucio, 2006).

Explicativo, porque se hará un análisis de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la norma, y las consecuencias de estas a la luz de un sinceramiento doctrinario. Asimismo la investigación pretende establecer las causas que genera el poder punitivo estatal en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar y su relación con el Interés Superior del Niño (Hernandez Sampiere, Fernadez Collado, & Baptista Lucio, 2006).

### 3.3. Método de Investigación

Para el presente trabajo se utilizó los siguientes métodos de investigación:

- **Método Deductivo – Inductivo:** Porque la investigación partirá del estudio de hechos concretos de cómo se presenta en la realidad la aplicación normativa.
- **Método comparativo:** Se utilizará a fin de comparar los efectos jurídicos de la aplicación del imperativo de una norma penal a la luz de principios rectores que no se tienen en cuenta.
- **Método Análisis – Síntesis:** Se utilizará al hacer el estudio de la naturaleza jurídica de las instituciones del Interés superior del niño, la excepción constitucional a la regla de “prisión por deudas”, y el análisis y efecto de concretar el imperativo del delito de OAF.

**Entre los Métodos Particulares** que nos servirá para realizar una interpretación de las normas constitucionales, civiles y penales, que explican nuestro tema de investigación se utilizará lo siguiente:

- **Método exegético:** Que permitirá conocer el sentido de las normas jurídicas y el sentido que quiso darle el Legislador, a través de un análisis gramatical (lingüística, etimológica) de las instituciones que desarrollan nuestra investigación. Así mismo este método implicará realizar un estudio histórico de los antecedentes jurídicos del tema de investigación.
- **Método sistemático:** Que permitirá una interpretación de las normas que regulan la Construcción de nuestro tema a nivel del ordenamiento jurídico peruano.
- **Método sociológico:** Que permitirá interpretar la norma que regula el delito por OAF, su aplicación constitucional y penal, al recurrir a los diversos datos que aporta la realidad socio cultural con respecto al tema en investigación.

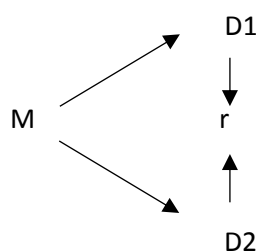
### 3.4. Diseño y esquema de la Investigación

#### 3.4.1. Diseño de investigación.

El presente trabajo de investigación pertenece al DISEÑO NO EXPERIMENTAL –TRANSVERSAL (DESCRIPTIVO – EXPLICATIVO), porque no se manipula la variable interés Superior del Niño ni la variable Omisión a la Asistencia Familiar. Solo se describe la incidencia que tienen las variables respecto a la población naturalmente en el contexto en estudio sin alteraciones. Asimismo la investigación se realiza en un delimitación temporal (2015) (Hernandez Sampiere, Fernadez Collado, & Baptista Lucio, 2006).O

#### 3.4.2. Esquema de la investigación.

El presente trabajo de tiene el siguiente de investigación:



[u1]Dónde:

M : Muestra

D1 : Interés Superior del Niño.

D2 : Delito de Omisión a la Asistencia Familiar

r : Relación entre Interés Superior del Niño y Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

### 3.5. Población, Muestra y Muestreo

#### 3.5.1. Población.

La población es el conjunto de todas unidades de análisis (individuos, eventos, sucesos, objetos entre otros), en los cuales se pretende realizar

una investigación de acuerdo a posibles características en común entre ellos, los cuales se encuentran en un determinado tiempo y espacio dado (Silva, s.f.).

La población para el presente trabajo de investigación estuvo constituida por 10 expedientes sobre el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

### **3.5.2. Muestra.**

La muestra es un conjunto representativo de la población, la cual es determinado de acuerdo a la investigación que se realice y tomando ciertos criterios de selección que permitan extraer unidades de estudio representativos. (Silva, s.f.).

La muestra para el presente trabajo de investigación estuvo constituida por 10 expedientes sobre el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

### **3.5.3. Muestreo.**

Es una herramienta de la investigación científica que permite determinar la cantidad de unidades de análisis que se debe de tomar como representativa para el trabajo de investigación sin alteración de las características en común que poseen dichos unidades de análisis, asimismo el muestreo se realiza cuando la población es demasiada grande para poder aplicar un instrumento lo cual conlleva a tomar mayor tiempo (Hernandez Sampiere, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2006).

Debido a que se utilizó como muestra el total de la población, no fue necesario realizar ningún tipo de muestreo.

### **Criterios De Inclusión Y Exclusión**

#### **A. Criterio De Inclusión:**

Expedientes con sentencia del juzgado penal liquidador del distrito judicial de Huancavelica.

#### **B. Criterio De Exclusión:**

Expedientes en curso o en espera de resolución en segunda instancia de juzgados penales distrito judicial de Huancavelica.

### **3.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos**

#### **3.6.1. Técnicas de recolección de datos.**

La técnica que se utilizó para la presente investigación fue el ANÁLISIS DOCUMENTAL, ya que permitió recopilar información a través de documentos, esto expedientes del delito de OAF, los temas de doctrina y dogmática penal sobre el tema a través de las diferentes fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, efectos jurídicos y de las posiciones doctrinarias, relacionadas con el tema, etc., como son:

- Expedientes: Delito de Omisión a la Asistencia Familiar
- Libros como: Tratados, manuales, ensayos.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.
- Editoriales.
- Anuarios, Etc.

#### **3.6.2. Instrumento de recolección de datos.**

El instrumento que se utilizó para el presente trabajo de investigación fue la FICHA DE REGISTRO DE DATOS, el cual permitió recopilar información de los expedientes revisados sobre delito de OAF.

La validación del instrumento de investigación se realizó mediante el método conocido como juicio de expertos, el cual se sometido a tres expertos, los cuales estuvieron conformados por: un metodólogo en investigación, un especialista en derecho Civil y un especialista en derecho Penal.

Asimismo la confiabilidad del instrumento de recolección de datos se realizó mediante el coeficiente de confiabilidad conocido como alfa Cronbach, para lo cual se realizó una prueba piloto que estuvo constituido de 5 expediente sobre delito de OAF los cuales se escogieron aleatoriamente. A continuación presentamos la ecuación del coeficiente de alfa de Cronbach.

$$\alpha = \frac{K}{K - 1} \left[ 1 - \frac{\sum S_i^2}{S_T^2} \right]$$

Dónde:

K: número de ítems.

$\sum S_i^2$  : Sumatoria de la varianza de ítems

$S_T^2$  : Varianza de la suma de ítems

$\alpha$  : Coeficiente de alfa de Cronbach

### 3.7. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos

La técnicas de recojo de datos que se utilizó en el presente trabajo de investigación el análisis documental.

El procesamiento y representación de datos se realizará mediante el Software Microsoft Excel V – 2017 y SPSS V – 21, siguiendo el proceso estadístico; que a continuación se presenta:

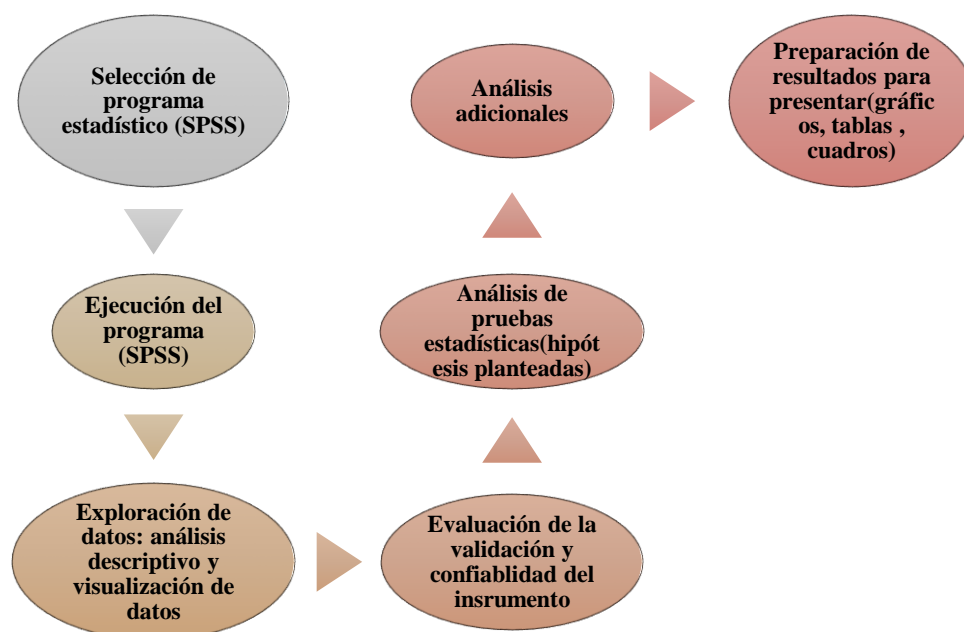


Figura 2: Procesos para efectuar análisis estadístico - fuente (Hernandez Sampiere, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2006)

Se utilizó la estadística descriptiva para la presentación de los resultados tales como son: cuadros estadísticos y gráficos estadísticos.

Para el análisis se utilizaron las medidas de tendencia central como: moda, media y mediana. Asimismo se utilizó las medidas de dispersión como: varianza, desviación estándar y el rango.



# CAPÍTULO IV

## RESULTADOS

### 4.1. Presentación, análisis e interpretación de Resultados

#### 4.1.1. Confiabilidad del instrumento.

*Tabla 2: Datos obtenidos de la prueba piloto.*

EXPEDIENTE	ITEMS													SUMA DE ITEMS
	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	
1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
2	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
3	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
4	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
5	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
VARP	0	0	0	0	0	0	0	0	0.16	0	0	0	0.16	0.64
Varianza de la población	0.32													

Fuente: Análisis documental

$$\alpha = \frac{K}{K - 1} \left[ 1 - \frac{\sum S_i^2}{S_T^2} \right]$$

Dónde:

K: número de ítems = 13

$\sum S_i^2$  : Sumatoria de la varianza de ítems = 0.32

$S_T^2$  : Varianza de la suma de ítems = 0.64

$\alpha$  : Coeficiente de alfa de Cronbach

$$\alpha = \frac{13}{13 - 1} \left[ 1 - \frac{0.32}{0.64} \right] = 0.54166$$

La confiabilidad se refiere al grado en la que la aplicación repetida del instrumento al mismo sujeto u objeto, produce iguales resultados. Este resultado puede variar desde cero hasta 1, cuando el resultado del Coeficiente de Alfa de Cronbach es cero o cercano a cero quiere decir que el instrumento no es confiable (la medición está contaminada de error) y cuando el resultado del Coeficiente de Alfa de Cronbach es uno o cercano a uno quiere decir que el instrumento es confiable (que no existe error).



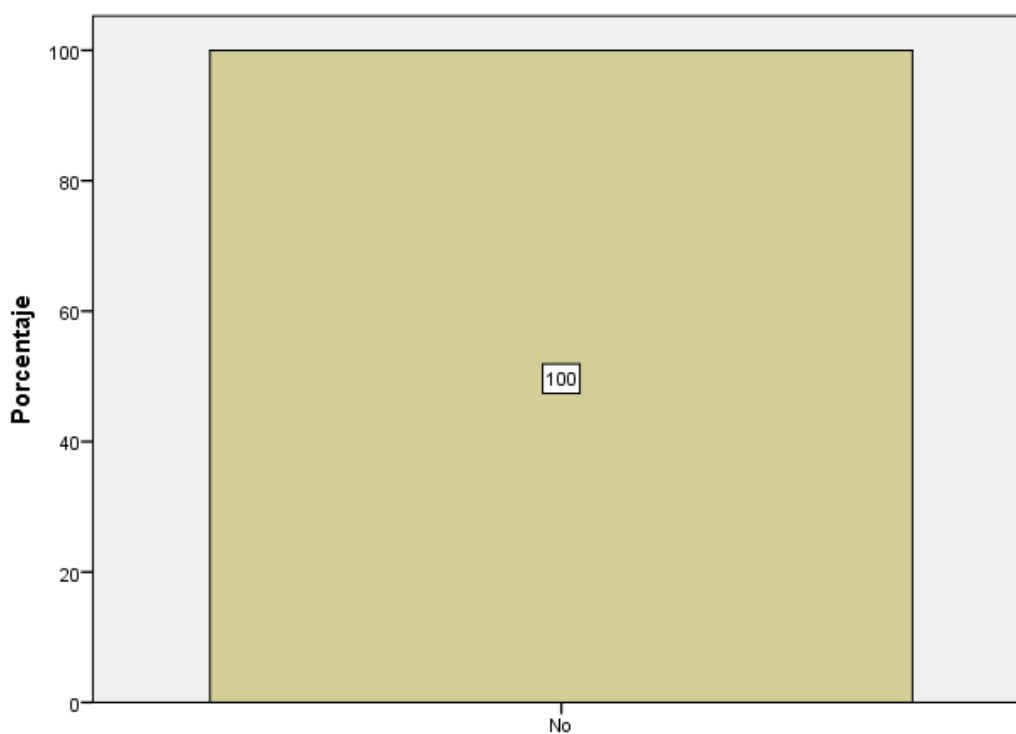
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo físico del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo físico del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 4: Motivación al desarrollo moral del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo moral del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 4: Motivación al desarrollo moral del niño*

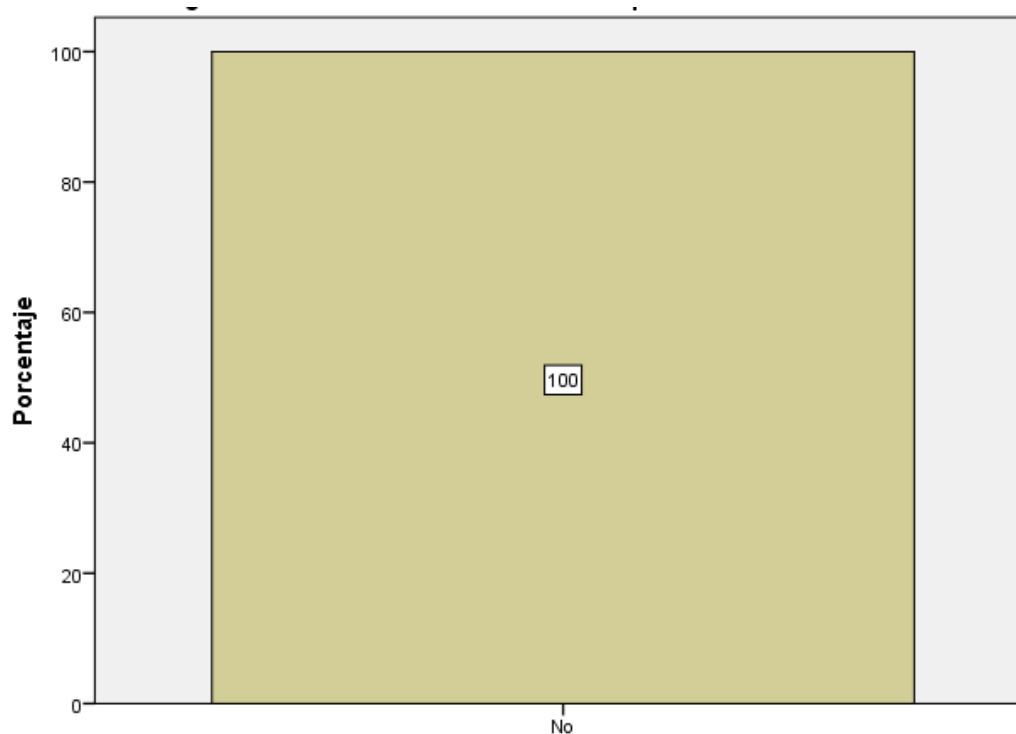
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo moral del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo moral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 5: Motivación al desarrollo espiritual del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo espiritual del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 5: Motivación al desarrollo espiritual del niño*

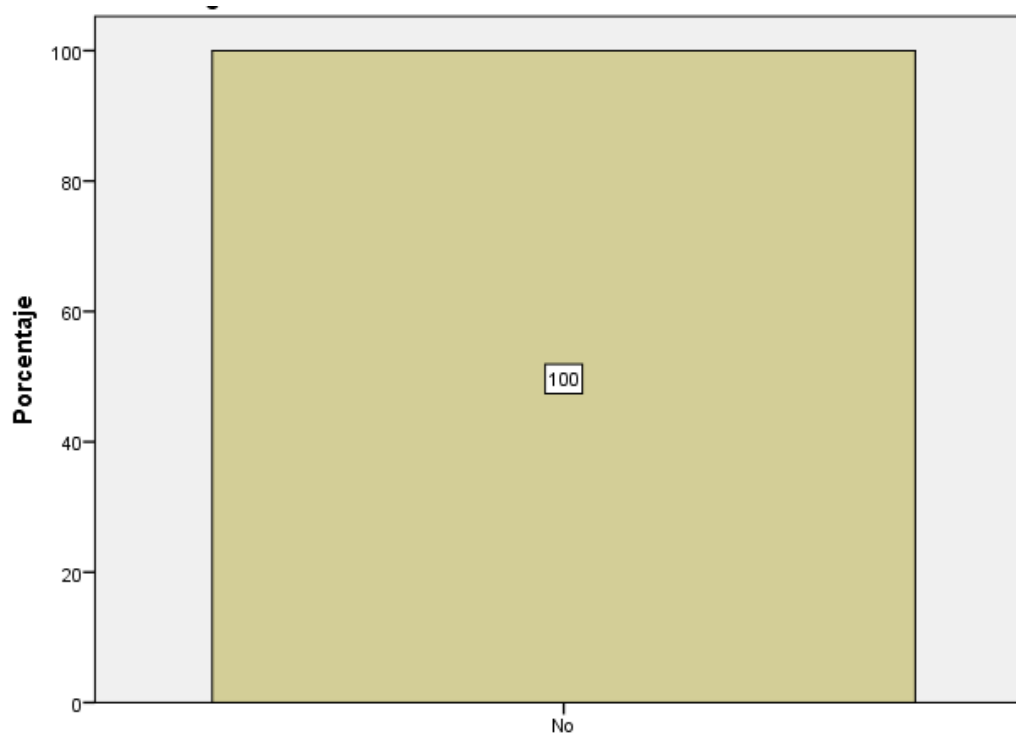
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo espiritual del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo espiritual del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 6: Motivación al desarrollo social del niño*

¿Existe motivación al desarrollo social del niño?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 6: Motivación al desarrollo social del niño*

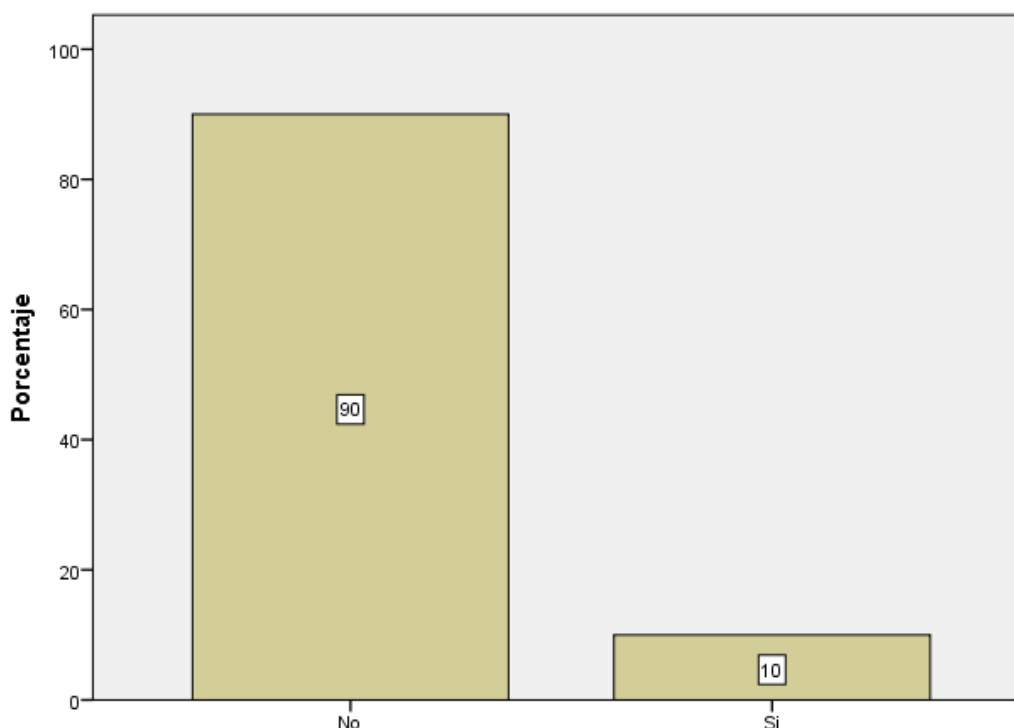
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo social del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo social del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 7: Motivación al desarrollo integral del niño*

¿Existe motivación al desarrollo integral del niño?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	9	90,0	90,0	90,0
Válidos Si	1	10,0	10,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



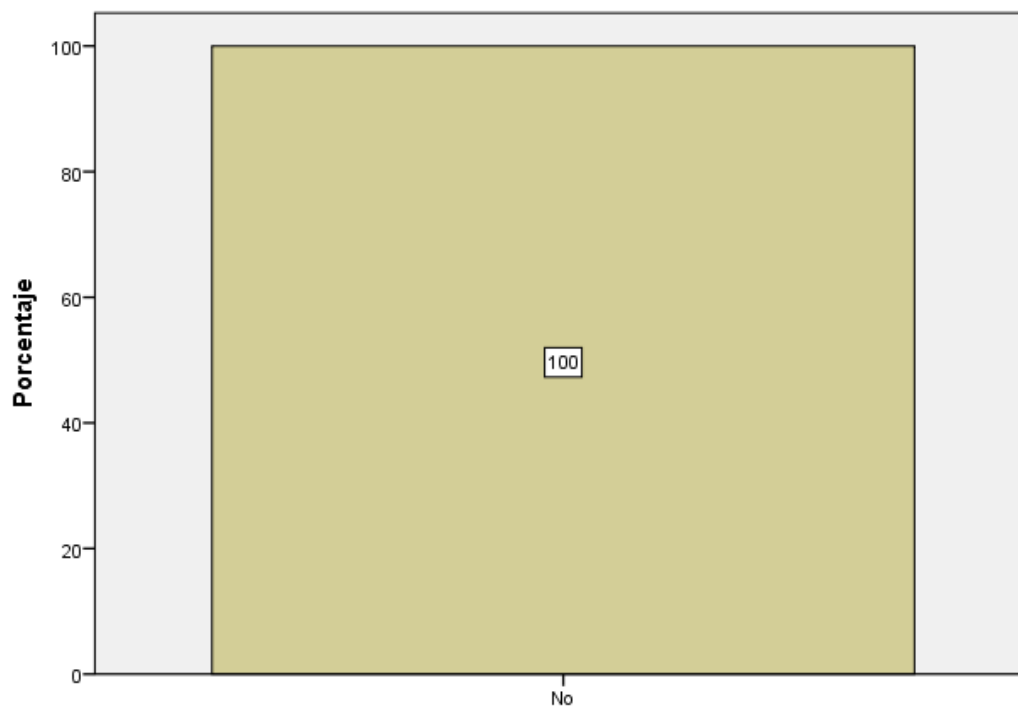
*Figura 7: Motivación al desarrollo integral del niño*

En el diagrama de barras podemos observar que el 90% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo integral del niño y solo en el 10% de los expedientes revisados existe motivación al desarrollo integral del niño. Por lo que podemos afirmar la mayor cantidad de casos respecto al derecho de desarrollo integral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 8: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista  
¿la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista?*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



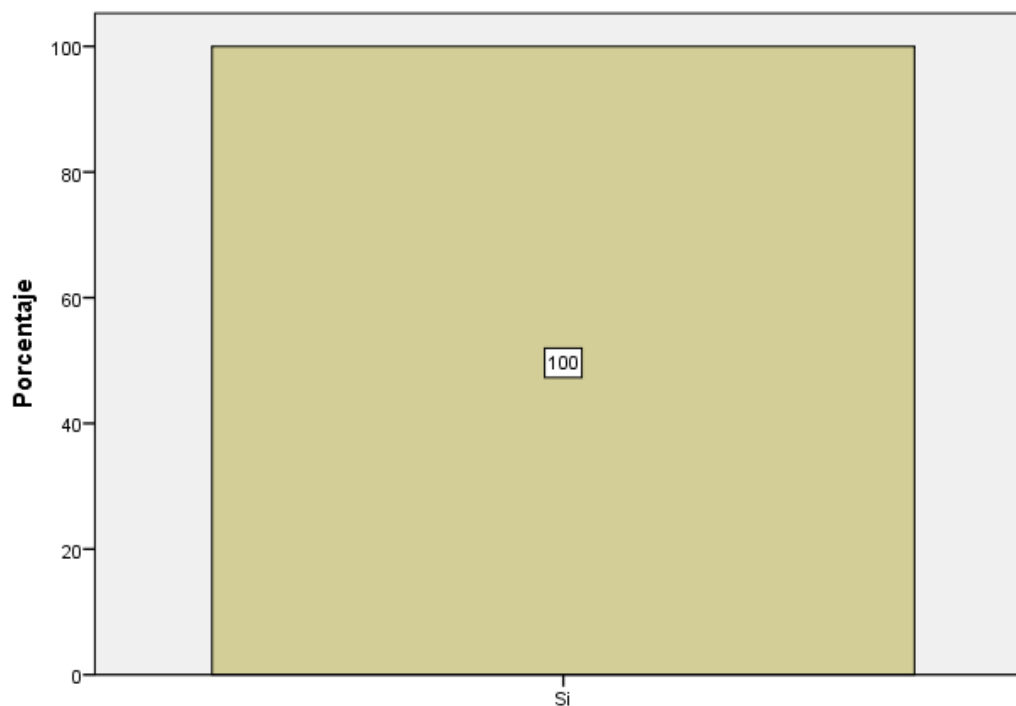
*Figura 8: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no ha desarrollado la interpretación iusnaturalista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica incidida por el Derecho Penal.

*Tabla 9: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista  
¿la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación luspositivista?*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Si	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 9: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista*

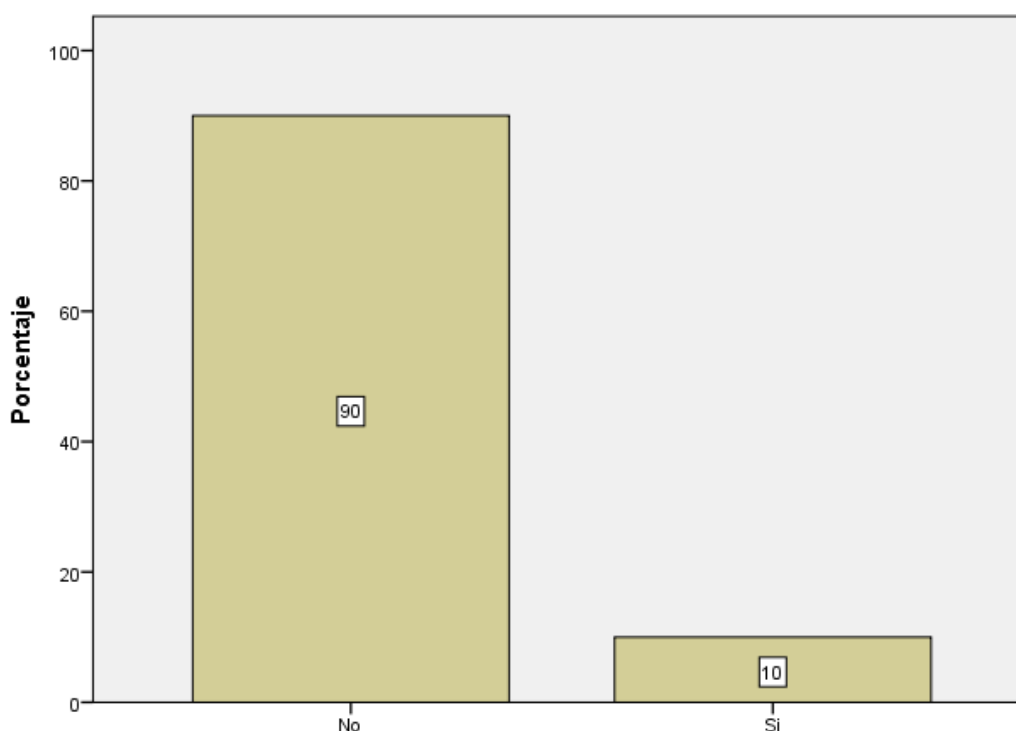
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar si ha desarrollado la interpretación luspositivista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica luspositivista.



*Tabla 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral*  
**¿la sentencia del delito de OAF busca la protección integral?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	9	90,0	90,0	90,0
Válidos Si	1	10,0	10,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



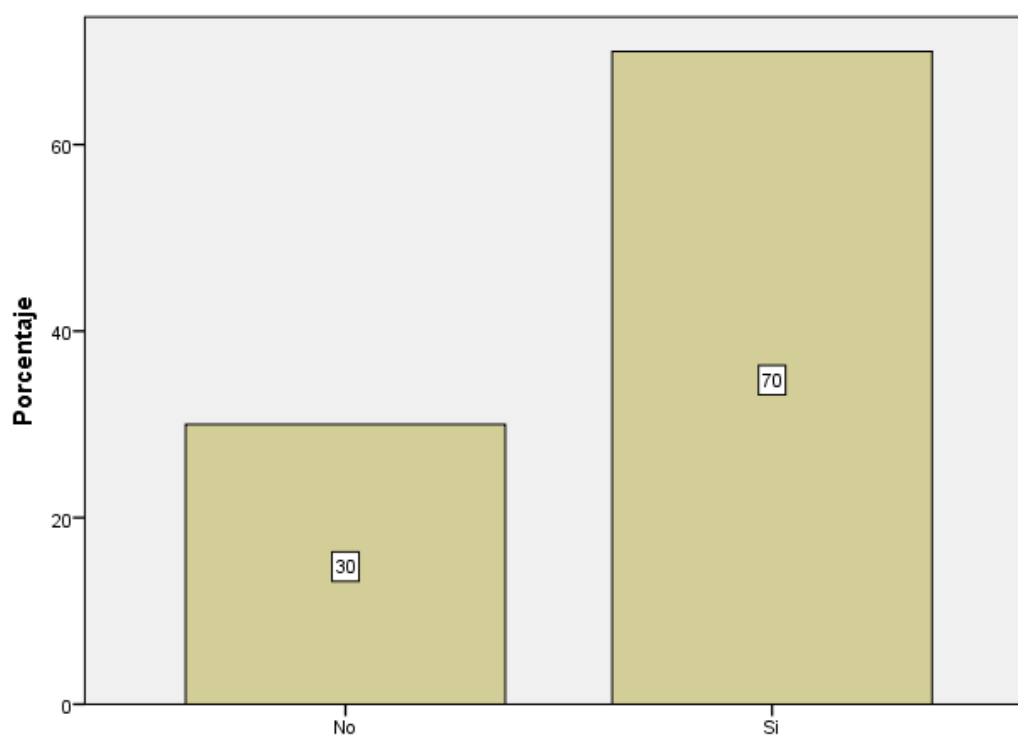
*Figura 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral*

En el diagrama de barras podemos observar que el 90% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección integral y el 10% de las sentencias sobre delito de OAF es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección integral.

*Tabla 11: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria*  
**¿la sentencia del delito de OAF busca la protección utilitarista?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	3	30,0	30,0	30,0
Válidos Si	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



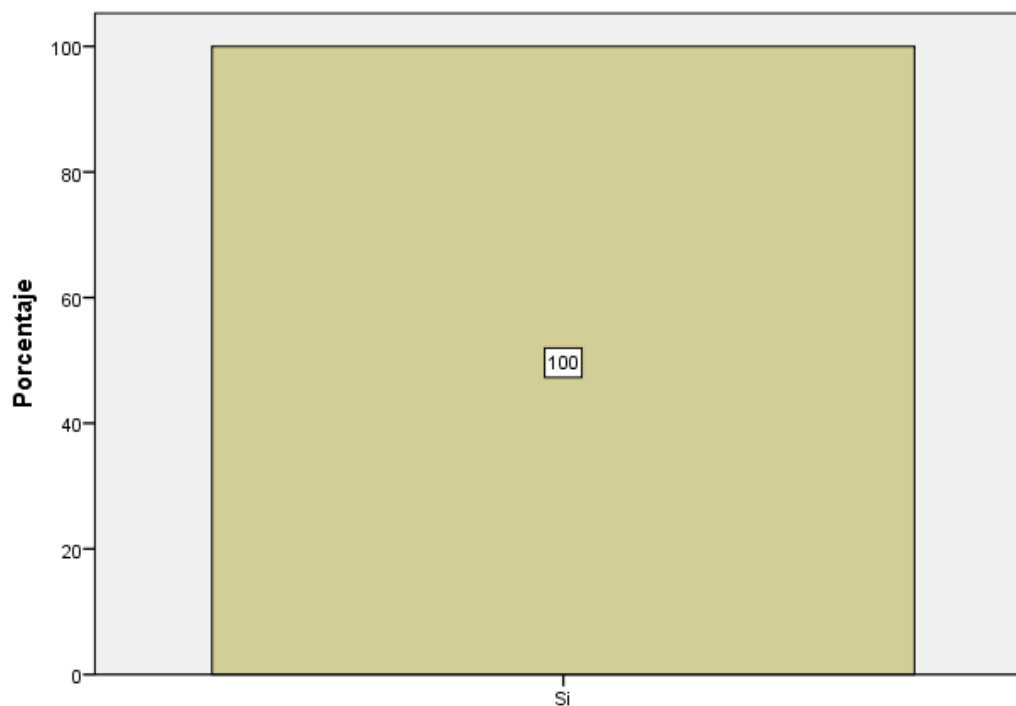
*Figura 11: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria*

En el diagrama de barras podemos observar que el 30% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección utilitaria y el 70% de las sentencias sobre delito de OAF es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección utilitaria.

*Tabla 12: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista*  
**¿la sentencia del delito de la OAF busca la protección legalista?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Si	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 12: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista*

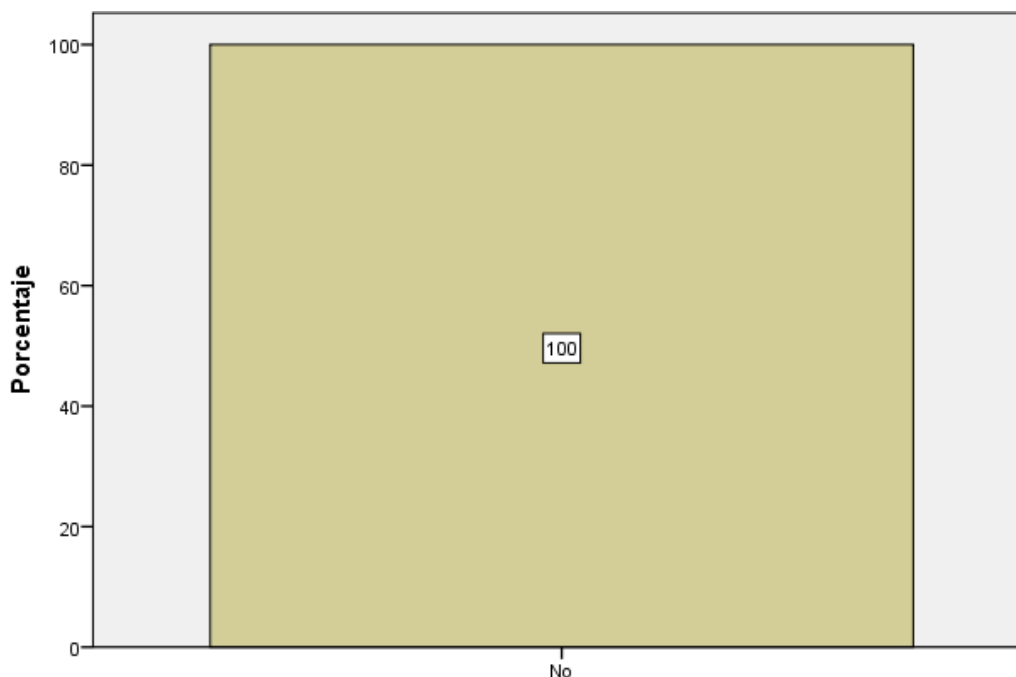
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección legalista.

**Tabla 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria**

**¿la sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



**Figura 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria**

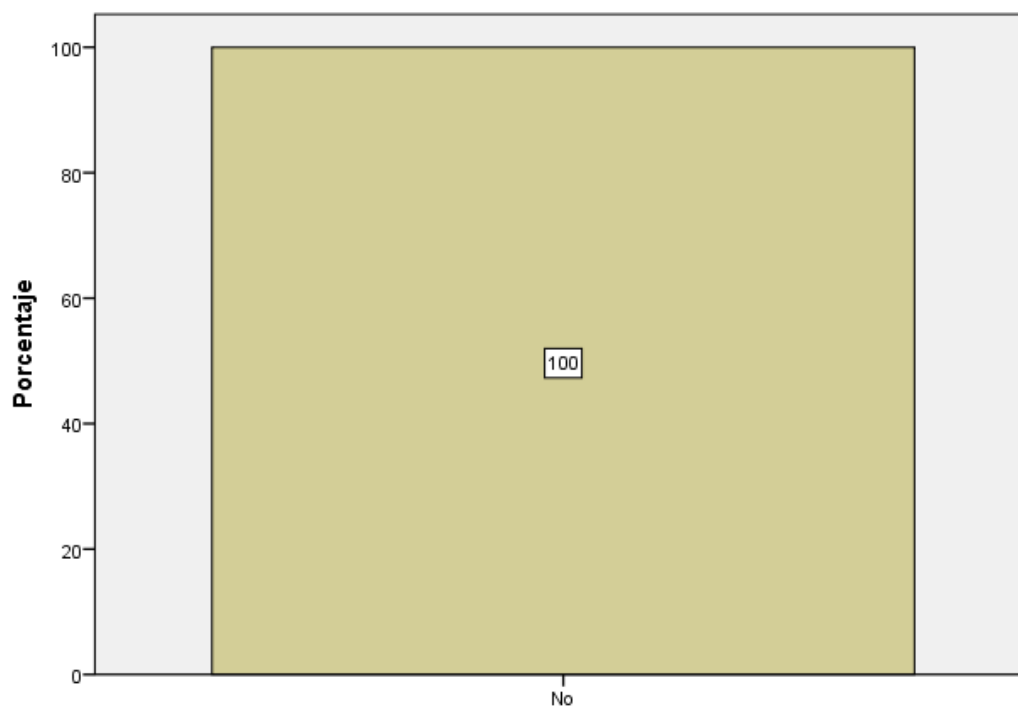
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria. Por lo que podemos afirmar que la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión de un deber que si bien nace en el derecho natural y su cumplimiento llega a materializarse en el derecho civil por motivo que fluye de presiones socio-políticas.

*Tabla 14: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado*

**¿la sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 14: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla el fin ejemplarizador del penado.

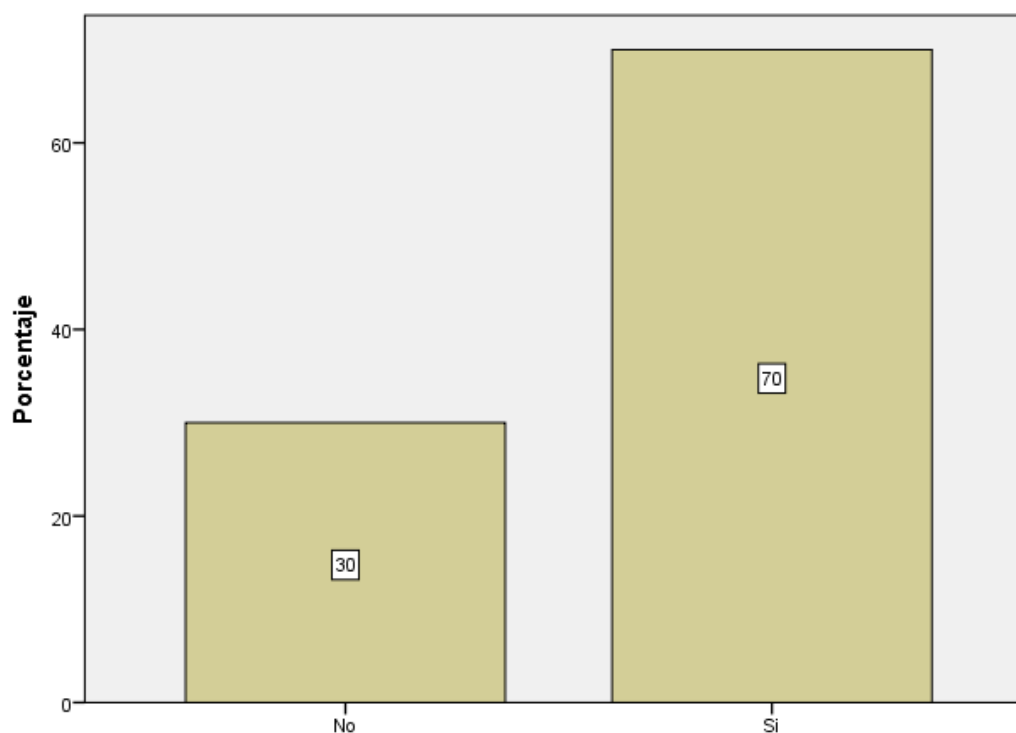
*Tabla 15: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.*

**¿la sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	3	30,0	30,0	30,0
Válidos Si	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla el aseguramiento de una deuda.



*Figura 15: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no desarrolla fundamentos que busquen el aseguramiento de una deuda.

## 4.2. Presentación y contrastación de las hipótesis secundarias

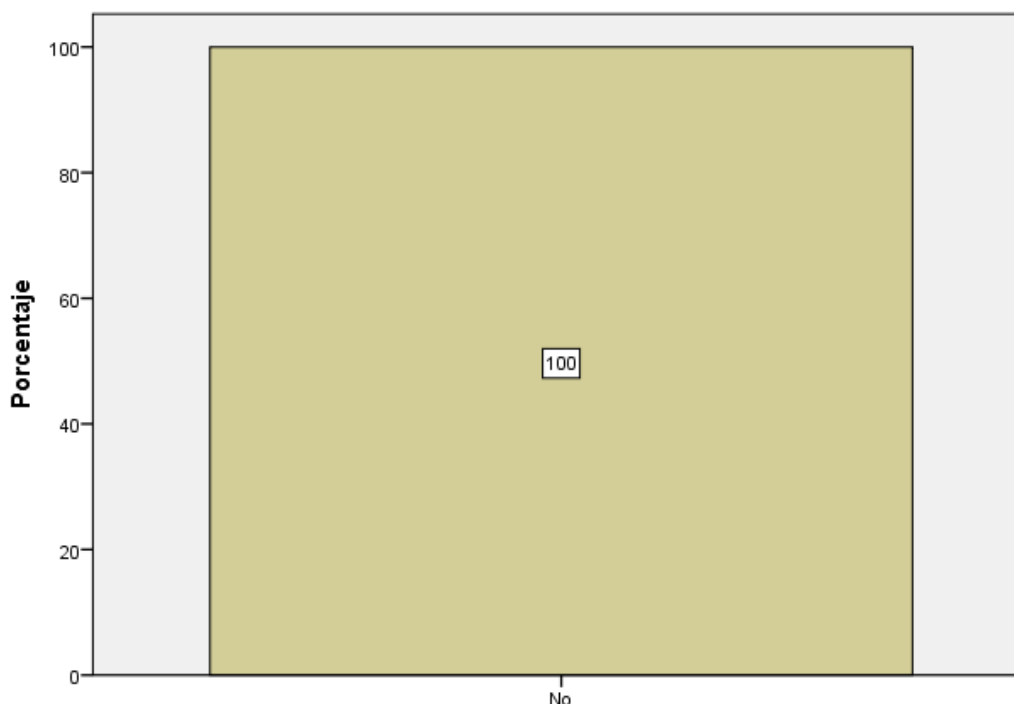
### 4.2.1. Presentación y contratación de la primera hipótesis secundaria.

Ha1: Los principales fundamentos de **interpretación jurídica** que causarían que la Omisión a la asistencia familiar haya obtenido una connotación penal serían el desembalse de las instituciones civiles, en su interpretación ius positivista, por lo que decide “huir” hacia el derecho penal.

*Tabla 16: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista  
¿la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista?*

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 16: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista*

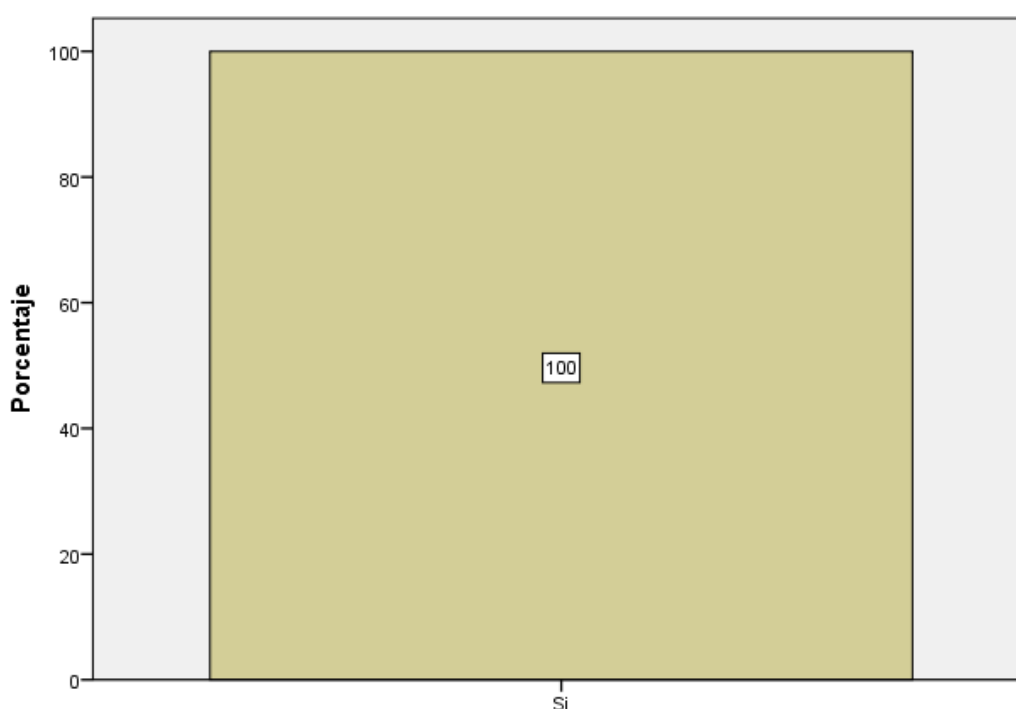
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no ha desarrollado la interpretación iusnaturalista. Por lo que podemos afirmar que

la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica incidida por el Derecho Penal, es decir una interpretación puramente positiva, lo que confirma nuestra hipótesis.

*Tabla 17: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspositivista  
¿la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación luspositivista?*

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos Si	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 17: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspositivista*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar si ha desarrollado la interpretación luspositivista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica luspositivista, el juzgador establece los presupuestos normativos antes que los inherentes al caso, así se afirma nuestra hipótesis.



#### 4.2.2. Presentación y contrastación de la segunda hipótesis secundaria.

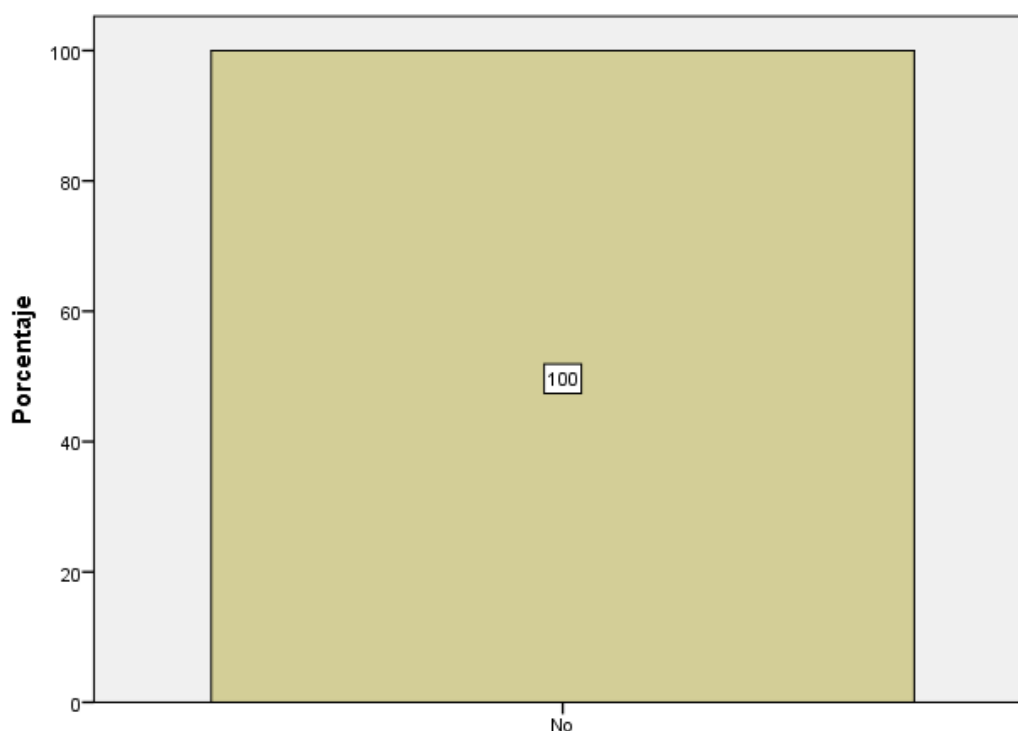
Ha2: En el ámbito jurisdiccional peruano podemos argumentar que la actual actividad jurisdiccional en los que se vincula el tema de la Omisión a la Asistencia Familiar, se viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al Interés Superior del Niño, como los derechos de desarrollo físico, moral, espiritual y social. No solo derechos pecuniarios.

*Tabla 18: Motivación al desarrollo físico del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo físico del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.



*Figura 18: Motivación al desarrollo físico del niño*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo físico del niño. Por lo que podemos afirmar que

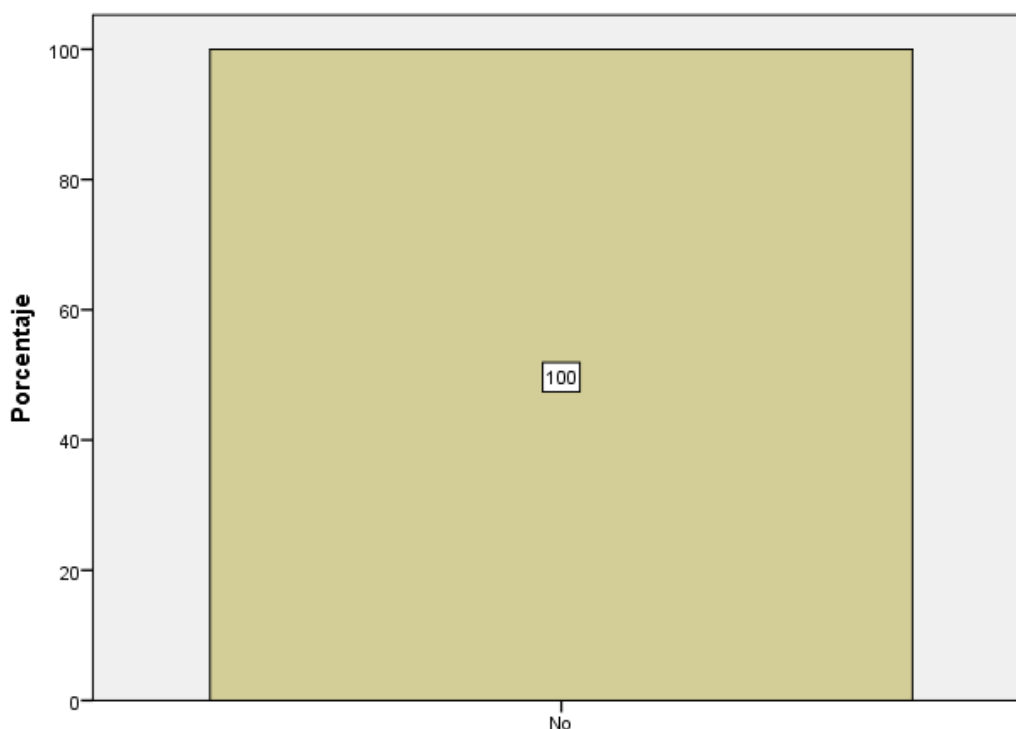
el derecho al desarrollo físico del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 19: Motivación al desarrollo moral del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo moral del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 19: Motivación al desarrollo moral del niño*

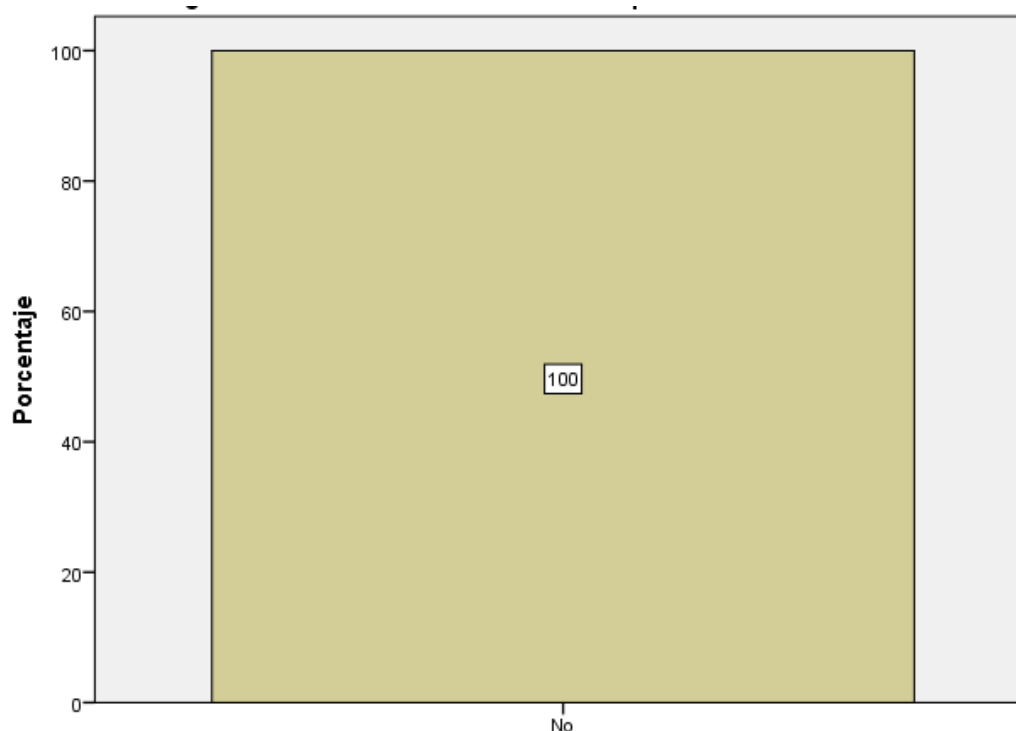
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo moral del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo moral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 20: Motivación al desarrollo espiritual del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo espiritual del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 20: Motivación al desarrollo espiritual del niño*

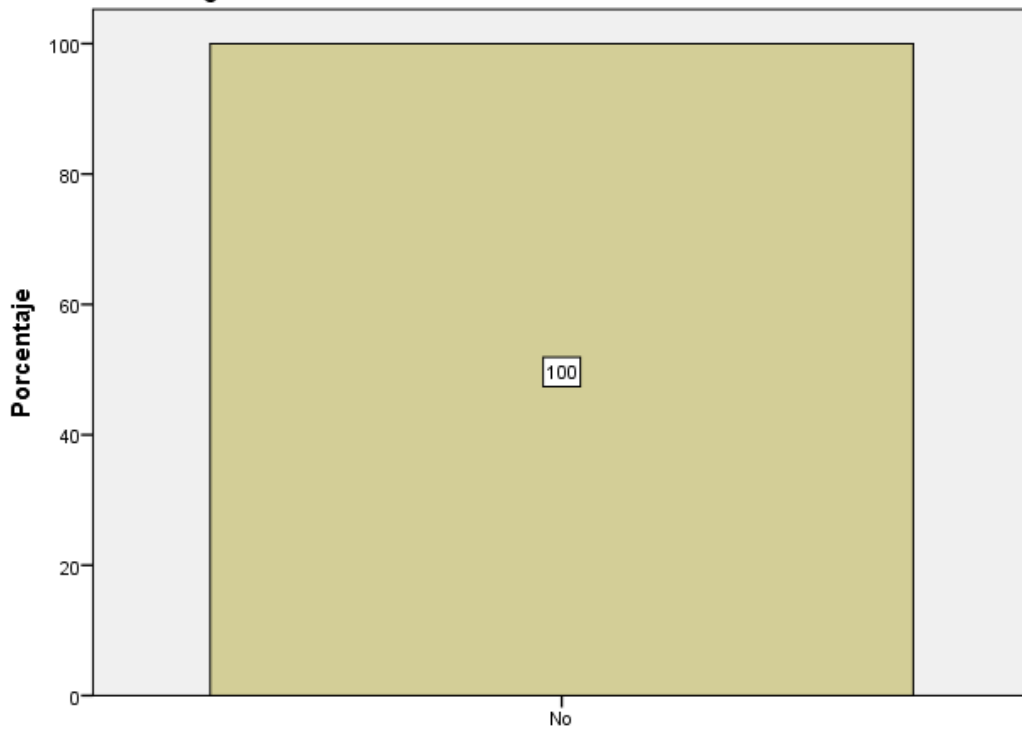
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo espiritual del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo espiritual del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 21: Motivación al desarrollo social del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo social del niño?**

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 21: Motivación al desarrollo social del niño*

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo social del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo social del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

*Tabla 22: Motivación al desarrollo integral del niño*

**¿Existe motivación al desarrollo integral del niño?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	9	90,0	90,0	90,0
Válidos Si	1	10,0	10,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

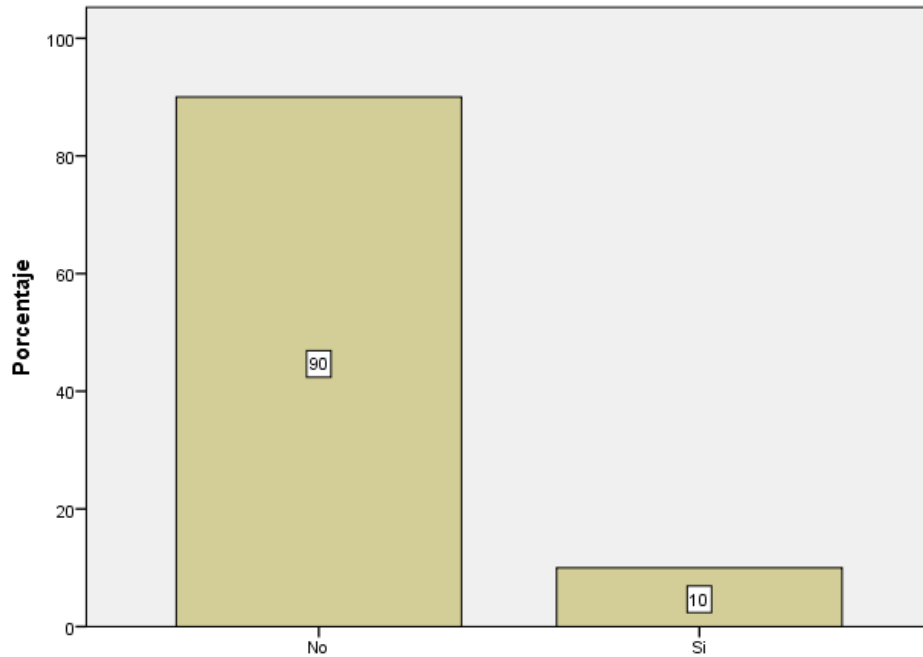


Figura 22: Motivación al desarrollo integral del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 90% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo integral del niño y solo en el 10% de los expedientes revisados existe motivación al desarrollo integral del niño. Por lo que podemos afirmar la mayor cantidad de casos respecto al derecho de desarrollo integral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

**4.2.3. Presentación y contrastación de la tercera hipótesis secundaria.**

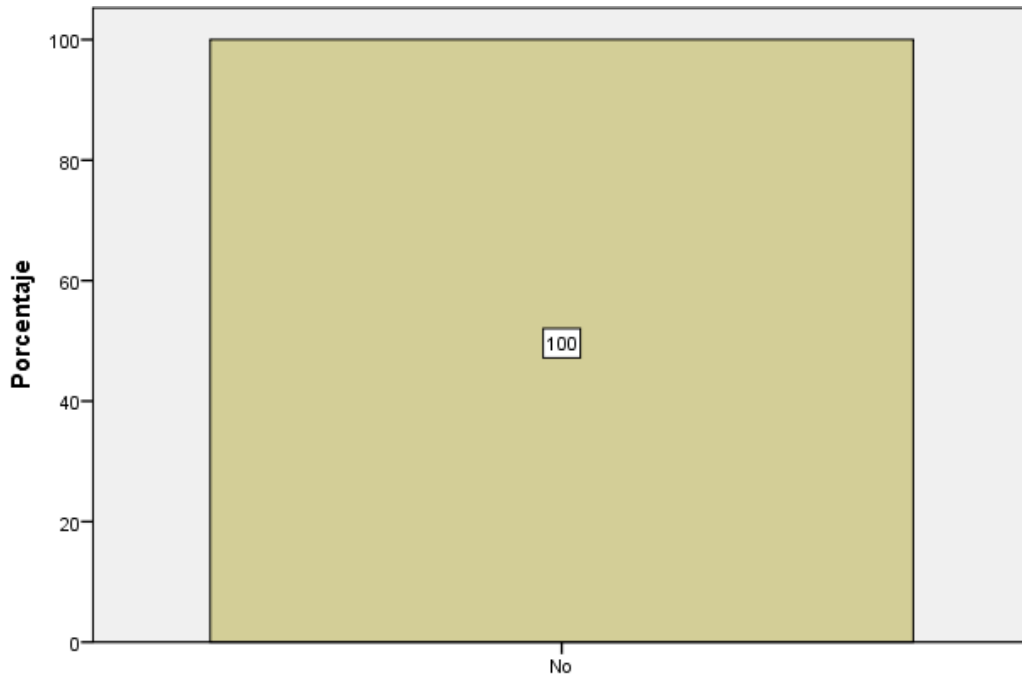
Ha3: Podemos argumentar que la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión de un deber que si bien nace en el derecho natural y su cumplimiento llega a materializarse en el derecho civil por motivo que fluye de presiones socio-políticas.

Tabla 23: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria

¿la sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 23: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria*

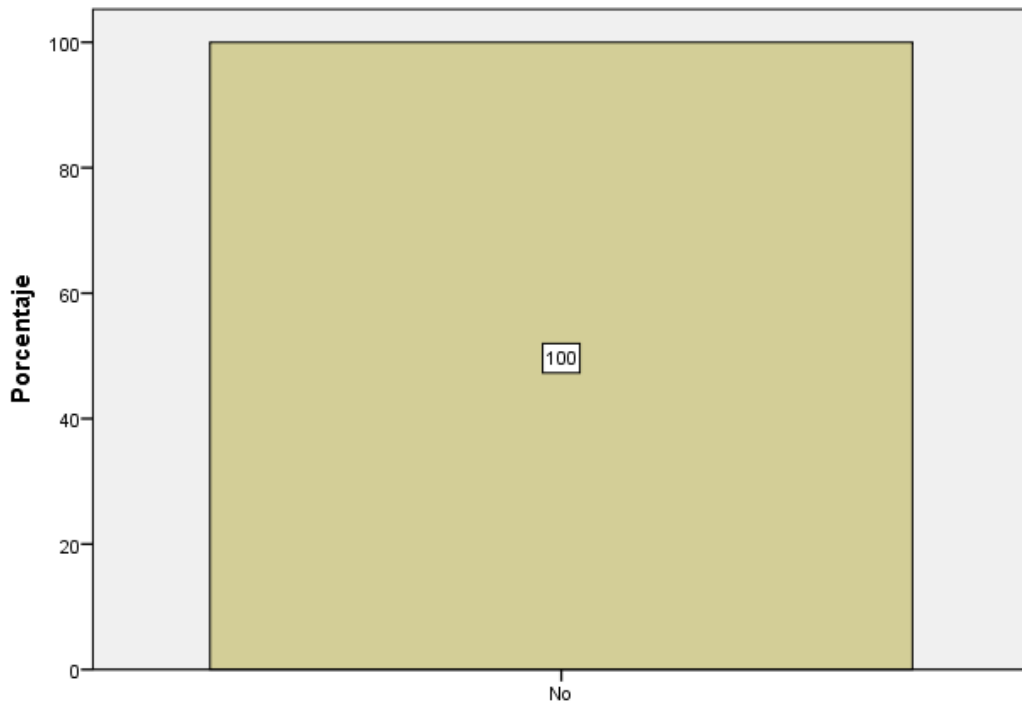
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria. Por lo que podemos afirmar que si bien la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión alimentaria, así no lo hace las sentencias, deduciendo que son otros los supuestos, entre los que se colige las presiones socio-políticas.

*Tabla 24: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado*

**¿la sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 24: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado*

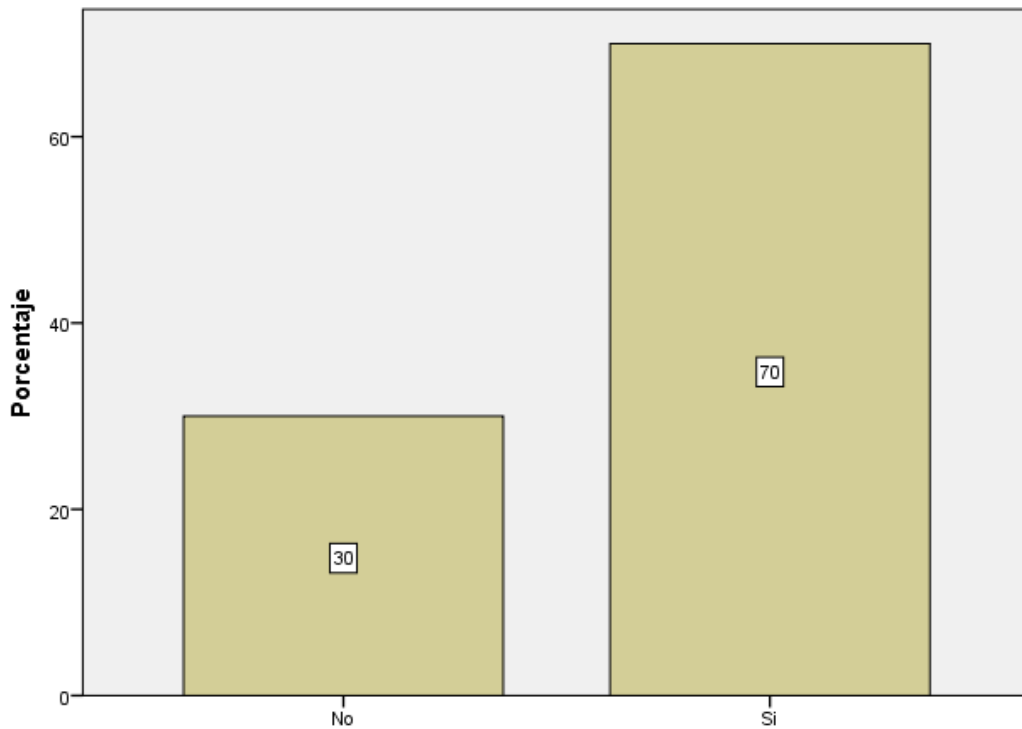
En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla el fin ejemplarizador del penado en motivación final, asunto que conviene a nuestra hipótesis dado que, también entonces su fundamento es el clamor social, que políticamente satisface la sentencia.

*Tabla 25: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.*

**¿la sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda?**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	3	30,0	30,0	30,0
Válidos Si	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF



*Figura 25: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.*

En el diagrama de barras podemos observar que el 70% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, desarrolla una finalidad de aseguramiento de una deuda, y un 30% no lo cree conveniente. Así, podemos afirmar nuestra hipótesis que la finalidad última de las sentencias, buscan satisfacer un clamor social vía las decisiones políticas arraigadas en nuestro sistema punitivo en este aspecto.

#### **4.3. Presentar la prueba de hipótesis general.**

Ha: El delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.

.Ho: El delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos NO desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.



*Tabla 26: Resultados del análisis documental de los expedientes del delito de OAF.*

EXPEDIENTE	ITEMS													SUMA DE ITEMS
	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	
1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
2	0	0	0	0	1	0	1	1	1	1	0	0	1	6
3	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
4	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
5	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
6	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
7	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
8	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
9	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
10	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
SUMA TOTAL														36

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

*Tabla 27: Suma total de los resultados y resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño.*

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	36
RESULTADO MAXIMO QUE DESNATURALIZA LA PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	40
DIFERENCIA	4

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

*Tabla 28: Intervalo de la diferencia de resultados para que se desnaturalice la protección del interés superior del niño*

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 10	DESNATURALIZADO
11 a 20	REGULARMENTE DESNATURALIZADO
21 a 30	BAJA DESNATURALIZACION
31 a 40	NO SE DESNATURALIZO

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 4 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño, la cual se encuentra en el intervalo de 0 a 10. Por lo que podemos afirmar que el delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **5.1. Presentar la contrastación de los resultados del trabajo de campo con los referentes bibliográficos de las bases teóricas**

(Torres Gonzales, 2010), elaboró el libro titulado: “El delito a la asistencia familiar”. Donde arribó a las siguientes conclusiones: el delito de OAF, en su presupuesto del tipo penal, tiene un contenido de –exigencia dineraria-, y éste presupuesto en preciso es el “no cumplimiento a la exigencia dineraria” del mandato judicial, dicha exigencia tiene su naturaleza jurídica de carácter civil y por tanto, se estaría en el fondo aplicando una prisión por una deuda. Asimismo “(...) derecho civil ya mostro su ineficiencia para dar solución al incumplimiento de los alimentos y es por ello que ente el fracaso de esta vía, el Estado se ha visto obligado a recurrir al derecho penal”. Respecto al PISN, señala que éste principio “(...) no puede ser argumento ilimitado que sirva para fundar todos los pedidos de la parte agraviada...”.

**En el presente trabajo también se puede apreciar que el derecho civil es ineficiente para poder solución a los problemas referentes a delitos de OAF, por lo que se recurre al derecho penal para dar solución a este tipo de problemas. Por lo que podemos afirmar que ambas investigaciones concuerdan con los resultados obtenidos.**

(Del Castillo, 1997, pág. 11), elaboró el libro titulado: “El delito de impago de pensiones”, arribó a las conclusiones siguientes: Que, la conducta del no pago de pensiones, es un delito de desobediencia judicial, dada a la resolución del juez que ordena y establece las prestaciones económicas a realizar. El delito de impago de pensiones, es « (...) fruto de la referida presión social, conducente a un Derecho penal “simbólico”, de galería», que los ámbitos de discusión familiar, no deberían traspasar el ámbito del derecho privado, «otra cosa es “huir” hacia el Derecho Penal, con grave

perjuicio para la institución de la pena y de posibles consecuencias negativas para la propia familia». El investigador está convencido de la inoportunidad de la tipificación del impago de las prestaciones establecidas judicialmente en la legislación española, siendo necesario abordar el tema en las dimensiones: dogmática, constitucional y político criminal. **De acuerdo a la investigación realizada el derecho civil es ineficiente para poder dar solución a los problemas referentes a delito de OAF, por lo que es necesario recurrir o “huir” al derecho penal para poder dar solución a este tipo de problemas, debido a que el padre alimentista desobedece el mandato judicial, respecto a ello se aplican sanciones a quienes desobedecen el mandato judicial. Por lo que podemos afirmar que ambas investigaciones concuerdan con los resultados obtenidos.**

## 5.2. Presentar la contrastación de la prueba de hipótesis general en base a la prueba de hipótesis

Ha: El delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.

*Tabla 29: Resultados del análisis documental de los expedientes del delito de OAF.*

EXPEDIENTE	ITEMS													SUMA DE ITEMS
	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	
1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
2	0	0	0	0	1	0	1	1	1	1	0	0	1	6
3	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
4	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
5	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
6	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
7	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	1	4
8	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
9	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
10	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	2
SUMA TOTAL														36

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

*Tabla 30: Suma total de los resultados y resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño.*

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	36
RESULTADO MAXIMO QUE DESNATURALIZA LA	40

PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO	
DIFERENCIA	4

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF

*Tabla 31: Intervalo de la diferencia de resultados para que se desnaturalícela protección del interés superior del niño*

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 10	DESNATURALIZADO
11 a 20	REGULARMENTE DESNATIRALIZADO
21 a 30	BAJA DESNATURALIZACION
31 a 40	NO SE DESNATURALIZO

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 4 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que desnaturaliza la protección del interés superior del niño, la cual se encuentra en el intervalo de 0 a 10. Por lo que podemos afirmar que el delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.

### **5.3. Presentar el aporte científico de la investigación**

De acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo, el aporte científico de la investigación es: el delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta, en los casos resueltos de delito de OAF en la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica – 2015.

## CONCLUSIONES

De acuerdo al estudio que se realizó y los resultados obtenidos luego de ser analizados podemos concluir en lo siguiente:

- De acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo, el delito de omisión a la asistencia familiar, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta, en los casos resueltos de delito de OAF en la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica – 2015.
- Lo principales fundamentos de interpretación jurídica que causan que la omisión a la asistencia familiar haya obtenido una connotación penal son el desembalse de las instituciones civiles, en sus interpretaciones lusnaturalistas y positivistas, siendo estas ineficientes en la solución de delitos de OAF, por lo que se decide “huir” hacia el derecho penal para poder solución a este tipo de problemas tomando como base las sanciones para quienes incumplen el mando judicial.
- En la actualidad en el ámbito jurisdiccional peruano el tema de la omisión a la asistencia familiar, se viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al interés superior del niño como: los derechos de desarrollo físico, moral, espiritual y social; debido a que la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica solo se basa en el cumplimiento del pago de la pensión, considerándose únicamente como pago monetario, de este modo desplazando a un segundo plano los derechos fundamentales del desarrollo del menor.
- En la actualidad la Constitución peruana admite la sanción penal por el incumplimiento del mandato judicial respecto a las prestaciones económicas que debe de cumplir el alimentista, siendo que esta obligación es un supuesto del derecho natural, positivamente su incumplimiento llega a materializarse en el derecho civil y, que por motivo que fluye de presiones socio – políticas, se ha trasladado al derecho penal.
- Que, nuestro sistema legal el delito de omisión a la asistencia familiar, es posible a nivel constitucional, dado que el legislador advirtió que los

alimentos forman parte importante, de otros derechos del menor como es la vida, el desarrollo integral del menor, etc., y dado que –no es una deuda común- se viabilizó la excepción a la regla histórica de –no prisión por deudas-. Sin embargo, dichos supuestos prístinos, en el desarrollo procesal, no han podido cumplirlos, lo que se busca con la aplicación del *ius puniendi* finalmente es asegurar asuntos de la deuda en sí, y nunca los objetivos del contenido del Interés Superior de Niño. Sabemos el porqué. El traslado de los bienes de la especialidad de derecho civil, al forzar su viabilidad en sede penal, ha trastornado los fines del mandato civil de obligarse la asistencia familiar, entre ellos el cuidado y protección de la prole.

## SUGERENCIAS

Realizado los estudios y análisis tener en consideración las siguientes sugerencias:

- A los jueces de la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica, en los casos de delitos de Omisión a la Asistencia Familiar realizar la adecuada interpretación jurídica, tener la capacidad para imponer una decisión no sólo pegada a la ley, sino en respuesta a una interpretación objetiva al caso, desterrando de esta influencia de aspectos socio – políticos. Dado que es posible, se desnaturalice la protección del interés superior del niño.
- A los jueces de la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica, en los casos de delitos de Omisión a la Asistencia Familiar realizar la adecuada interpretación jurídica con la finalidad de dar solución en los contextos de cada caso, establecer decisiones comunes a cada caso, a fin de impartir un aseguramiento de protección al principio del interés superior del niño, en maximización posible.
- A los jueces de la sala penal liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica, tomar en consideración en las decisiones los derechos integrales relacionados al interés superior del niño como: los derechos de desarrollo físico, moral, espiritual y social. Y no solo tomar en consideración el cumplimiento del pago de la pensión, considerándose únicamente como pago monetario.
- Que, nuestro sistema legal en los casos del delito de omisión a la asistencia familiar, pueda propender un sinceramiento de los componentes del delito, en su construcción legal, a fin que en su aplicación procesal, puede advertir los motivos por los que se hicieron punible esta conducta, es decir la versión penal existe por proteger entre otros, los contenidos del interés superior del menor, entonces ese debe ser su objetivo final, y no una simple necesidad de aseguramiento de una deuda.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Carvallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6, 223 - 247.
- Aguilar Portales, R. E., & Lopez Sanchez, R. (2007). Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. *Revista electronica de la Universidad Nacional Autonoma del Mexico*, 49 - 81.
- Alegre, S., Hernandez, X., & Roger, C. (2014). *El interés superior del Niño. Interpretaciones y experiencias Latinoamericanas*.
- Ameghino Bautista, C. Z. (2009). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interés superior del niño*. Lima.
- Arias Lopez, C. (2016). *¿Volvemos a los tiempos de la prision por deudas?* Cordoba - España.
- BUAIZ. (2003). Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños. *Ensayo escrito por Yuri Emilio Buaiz V. reeditado por Edda Quirós*. COSTA RICA. Obtenido de [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/infancia/derechonezunicef.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derechonezunicef.pdf)
- Campana Valderrama, M. (2002). *Delito de Omision a la Asistencia Familiar*. Lima - Perú.
- Canales, P., & Loiseau, V. (2005). *Incumplimiento de la obligacion de pagar alimentos a los hijos menores en la legislacion de Argentina, España y Francia*. Santiago de Chile.
- Cillero, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la conveccion internacional sobre los derechos del niñ, en infancia, ley y democracia* (DEPALMA ed.). Santa Fe de Bogota - Buenos Aires: TEMIS.
- Código Penal Peruano*. (1991). Lima - Perú: Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú. (1993). *Omision a la Asistencia Familiar, Artículo 2°, inciso 24), literal "c" - EXP. N.° 1428-2002-HC/TC*. Lima - Peru.
- Declaracion de los Derechos del Niño*. (1924). Ginebra.
- Declaracion de los Derechos del Niño*. (1959). Ginebra.
- Declaracion Universal de Derechos Humanos*. (1948). Ginebra.
- Del Castillo, J. B. (1997). *El delito de impago de pensiones*. Barcelona: Cometa S.A Editores.
- Fanlo Cortes, I. (2008). *Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos: algunas notas introductorias*. Mexico.
- Fiscalía de la Nación. (2013). *Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva*. Lima.
- Gonzales, E. (2005). *Educación en la efectividad*. Madrid - España.



- Hernandez Sampiere, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Mexico: McGRAWHILLINTERAMERICMA EDITORES, SA DE C.V .
- Juan A.PEREZ LLEDO y GONZALES LAGIER Daniel. (s.f.). *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX*. Obtenido de Universidad aAlicante España:  
[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES\\_DE\\_FILOSOFIA\\_DEL\\_DERECHO.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf)
- Marquez Garcia, R. (2013). *No hay prision por deudas*.
- Mertinez, G. (1962). *Legislacion de amparo familiar y de menores: Ley 13906 punitiva del abandono de familia*. Lima.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1991). *Codigo Civil Peruano*. Lima - Perú.
- Oré Chavez, I. (2010). *La familia desde la perspectiva de los derechos humanos*. Lima - Perú.
- Oré Chavez, I. A. (s.f.). *Las corrientes filosoficas en la legislacion peruana sobre el delito de la omision a la asistencia familiar en la modalidad de cumplimiento de obligacion a prestar los alimentos*. Lima - Perú.
- Perez LLedó, J. A., & Gonzales Lagier, D. (s.f.). *Apuntes sobre el derecho de los siglos XIX Y XX: de la escuela de la exegesis a Ronald Dworkin*. Alicante - España.
- Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima - Perú: Grijley.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 1428-2002-HC/TC (1428-2002).
- Silva, A. (s.f.). *Determinando la poblacion y muestra*.
- Tapia Vivas, G. R. (2002). *El delito de omisión de asistencia familiar. Aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales*. Lima - Perú: Gaceta Juridica Editores.
- Torres Gonzales, E. (2010). *El delito a la asistencia familiar* . Lima: Edorial IDEMSA.
- Vargas Cordero, Z. R. (2009). La investigación aplicada: una forma de conocer las realidades con evidencia científica. *Revista Educacion*, 155 - 165.
- Varsini Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica.

## ANEXO 1 (Matriz de consistencia)

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA	MUESTRA	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p><b>Problema General:</b> ¿Se puede aducir que el denominado <i>delito de omisión a la asistencia familiar</i> en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del <i>interés superior del niño</i> en lugar de contribuir con esta?</p> <p><b>Problemas Específicos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Cuáles son los fundamentos de <b>interpretación jurídica</b> que causaron que la <i>omisión a la asistencia familiar</i> haya obtenido connotación penal?</li> <li>• Qué derechos integrales relacionados al interés superior del niño se puede considerar que se vienen desnaturalizando en la <b>actual actividad jurisdiccional</b> en</li> </ul>	<p><b>Objetivo General:</b> Determinar si en nuestro marco penal, el delito de omisión a la asistencia familiar, estando a su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del interés superior del niño en lugar de contribuir con esta.</p> <p><b>Objetivos Específicos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Describir los fundamentos de <b>interpretación jurídica</b> que causaron que la omisión a la asistencia familiar haya obtenido connotación penal.</li> <li>• Evaluar qué derechos integrales relacionados al interés superior del niño se puede considerar que se vienen desnaturalizando en la <b>actual actividad jurisdiccional</b> en casos que vinculan la Omisión a la Asistencia Familiar.</li> <li>• Desarrollar dogmática jurídica al establecer, que el deber de alimentar a los hijos</li> </ul>	<p><b>Hipótesis General:</b> Ha: El delito de <i>omisión a la asistencia familiar</i>, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del <i>interés superior del niño</i> en lugar de contribuir con esta. Ho: El delito de <i>omisión a la asistencia familiar</i>, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos NO desnaturaliza la protección del <i>interés superior del niño</i> en lugar de contribuir con esta.</p> <p><b>Hipótesis Específicas:</b> Ha<sub>1</sub>: Los principales fundamentos de <b>interpretación jurídica</b> que causarían que la Omisión a la asistencia familiar haya obtenido una connotación penal serían el desembalse de las instituciones civiles, en su interpretación</p>	<p><b>Variable Independiente:</b> Interés superior del niño</p> <p><b>Variable Dependiente:</b> Delito de Omisión a la Asistencia Familiar</p>	<p><b>Tipo de Investigación:</b> Aplicada</p> <p><b>Nivel de Investigación:</b> Descriptivo - Explicativo</p> <p><b>Método Especifico o particular:</b> Exegético. Sistemático. Sociológico.</p> <p><b>Diseño:</b> No experimental – Transversal.</p>	<p><b>Población y Muestra:</b> Estuvo constituida por 10 expedientes sobre el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.</p>	<p><b>Técnicas:</b> Análisis documental</p> <p><b>Instrumentos:</b> Ficha de registro de datos.</p> <p><b>Validación del instrumento:</b> Juicio de expertos</p> <p><b>Confiability del instrumento:</b> Coeficiente de alfa de Cronbach.</p> <p><b>Procesamiento y presentación de resultados:</b> El procesamiento y representación de datos se realizará mediante el Software Microsoft Excel V – 2017 y SPSS V – 21, siguiendo el proceso estadístico</p>

<p>casos que vinculan la Omisión a la Asistencia Familiar?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si se establece que el deber de alimentar a los hijos nace en el derecho natural y su cumplimiento se materializa en el derecho civil; ¿Son los <b>factores socio-políticos</b>, por los que constitucionalmente se posibilita su sanción penal?</li> </ul>	<p>nace en el derecho natural y su cumplimiento se materializa en el derecho civil; desentrañando que los <b>factores socio-políticos</b>, constitucionalmente posibilita su sanción penal.</p>	<p>positivista, por lo que decide “huir” hacia el derecho penal.</p> <p>Ha2: En el ámbito jurisdiccional peruano podemos argumentar que la <b>actual actividad jurisdiccional</b> en los que se vincula el tema de la Omisión a la asistencia familiar, se viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al interés superior del niño, como los derechos de desarrollo físico, moral, Espiritual y social. No solo derechos pecuniarios.</p> <p>Ha3: Podemos argumentar que la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión de un deber que si bien nace en el derecho natural y su cumplimiento llega a materializarse en el derecho civil por motivo que fluye de presiones <b>socio-políticas</b>.</p>				
---	---	---	--	--	--	--

## ANEXO 2 (Ficha de registro de datos)

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCVELICA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**INVESTIGACIÓN**

**:“PODER PUNITIVO ESTATAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCVELICA - 2015”**

**ANALISIS DOCUMENTAL**

Documento: Sentencia de Vista. Expediente: 00247-2014-0-1101-JR.PE.02

Fecha de Resolución: 07 julio 2015.

Al evaluar esta investigación con lista de cotejo, solo se va evaluar la motivación de la sentencia, en referencia al cuestionamiento que nace de los sub indicadores de las variables.

<b>LA SENTENCIA MOTIVA / DESARROLLA RESPECTO AL:</b>			
<b>FUNDAMENTO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>OBSERVACIONES</b>
Desarrollo Físico del Niño		x	
Desarrollo moral del niño		x	
Desarrollo espiritual del niño		x	
Desarrollo social del niño		x	
Desarrollo integral del niño		x	
<b>LA SENTENCIA DEL DELITO DE OAF, DESARROLLA:</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>OBSERVACIONES</b>
Interpretación ius naturalista		x	
Interpretación ius positivista	x		
<b>LA SENTENCIA DEL DELITO DE OAF, BUSCA:</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>OBSERVACIONES</b>
Protección integral		x	
Protección utilitarista	x		
Protección legalista	x		
<b>LA SENTENCIA DEL DELITO DE OAF, DESARROLLA:</b>	<b>SÍ</b>	<b>NO</b>	<b>OBSERVACIONES</b>
La excepción prisión por deuda alimentaria.		x	
Fin ejemplarizador del penado.		x	
Aseguramiento de una deuda.	x		

ANEXO 3 (Artículo Científico)

**“PODER PUNITIVO ESTATAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y SU RELACIÓN CON EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCÁVELICA - 2015”**

**" STATE PUNITIVE POWER IN THE CRIME OF OMISSION TO FAMILY ASSISTANCE AND ITS RELATIONSHIP WITH THE CHILD'S HIGH INTEREST. IN THE CRIMINAL COURT OF THE JUDICIAL DISTRICT OF HUANCÁVELICA - 2015"**

PERÉZ VILLANUEVA, JOB JOSUÉ

Jobjosue6@gmail.com

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

---

**RESUMEN**

**OBJETIVO:** El presente trabajo de investigación tiene el objetivo de determinar si en nuestro marco penal, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar (OAF), estando a su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del denominado principio del Interés Superior del Niño (PISN) en lugar de contribuir con esta. **METODOLOGIA:** se utilizó el tipo de investigación aplicada, nivel de investigación descriptivo – explicativo, método de investigación: exegético, sistemático y sociológico, con un diseño no experimental – transversal, muestra poblacional constituida por 10 expedientes sobre el delito de OAF, técnica de recolección de datos fue el análisis documental y como instrumento la ficha de registro de datos, la validación se realizó mediante el método conocido como juicio de expertos y la confiabilidad se realizó mediante el coeficiente de alfa de Cronbach, el procesamiento, análisis e interpretación de resultados se realizó siguiendo el proceso estadístico; **RESULTADOS:** Se obtuvo un coeficiente de confiabilidad de 0.54, por lo que el instrumento de recolección de datos es aceptable; en el 100% de los expedientes revisados sobre delito de OAF, no existe motivación al desarrollo: físico, moral, espiritual y social del niño (incluso cuando es imperativo dar las razones de las conclusiones). Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo físico del niño se ha desnaturalizado relacionado al PISN; el 100% de las sentencias sobre delito de OAF no ha desarrollado la interpretación iusnaturalista. **RESULTADOS:** Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica incidida por el Derecho Penal ius-positivista y legalista; de este modo llegamos a las siguientes conclusiones: De acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo, el delito de OAF, en su actual interpretación jurídica, actividad jurisdiccional y aspectos socio-políticos desnaturaliza la protección del PISN en lugar de contribuir con esta, en los casos resueltos de delito de OAF en la Sala

Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica – 2015; los principales fundamentos de interpretación jurídica que causan que la conducta de omitir asistir con deberes familiares contenidas en una sentencia civil haya obtenido una connotación penal son el desembalse de las instituciones civiles, en sus interpretaciones legalistas y positivistas, siendo estas ineficientes en la solución del –cumplimiento- de dicha sentencia civil, por lo que se decide “huir” hacia el derecho penal a fin de dar solución a este tipo de problemas, tomando como base las sanciones para quienes incumplen el mandato judicial. En la actualidad en el ámbito jurisdiccional peruano el tema de la OAF, viene desnaturalizando importantes derechos integrales relacionados al PISN como: los derechos de desarrollo físico, moral, espiritual y social; debido a que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica solo se basa en lo importante que es el cumplimiento del pago de la pensión, considerándose únicamente como pago monetario, de este modo desplazando a un segundo plano los derechos fundamentales del desarrollo del menor. Por otro lado, es fundamental el hecho que nuestra Constitución Peruana admite la sanción penal por el incumplimiento del mandato judicial respecto a las prestaciones económicas que debe de cumplir el alimentista, así el delito de OAF, tiene su génesis en el derecho natural, su incumplimiento se declara en el derecho civil, y se viabiliza su punición constitucionalmente, digamos, por motivo que fluye de presiones socio – políticas.

**Palabras claves:** Perú, Omisión a la Asistencia Familiar, incumplimiento de obligaciones alimenticias, Interés Superior del Niño, prisión por deudas.

#### **ABSTRAC**

**The purpose** of this research work is to determine if in our criminal framework the crime of **omission to family support**, being interpreted legally as it is, jurisdictional activity and socio-political aspects alter the entitled **principle of best interest of the child** instead of contributing with it; which is why applied research was used, level of descriptive-explanatory research, research method: exegetic, systematic, and sociological

with non-experimental cross-sectional design, a population sample of 10 files about **omission to family support**, the data collected method was documentary analysis and as instrument the datasheet, validation was performed using the well-known expert judgment method, and reliability was performed using the Cronbach's alpha coefficient, the processing, analysis, and interpretation of results was performed following the statistical process; results: We obtained a confidence coefficient of 0.54, thus the instrument of data collection is acceptable, 100% of the reviewed files about omission to family support, There is no motivation for development: physical, moral, spiritual, and social interaction of the child (even when it is imperative to offer reasons of such conclusions). Therefore, we can state that the right to physical development of the child has been altered on the best interest of the child, 100% of the OAF offenses has not developed the naturalistic interpretation. Therefore, we can state that the Criminal Settlement Chamber of Huancavelica Judicial District took as reference in the sentences on offense of OAF the legal interpretation influenced by ius-positivist and legalistic Criminal Law; this way we have come out with the following conclusions: Based on the results gathered on this research work, the offense of OAF, on its legal interpretation, jurisdiction and socio-political aspects alters the protection of the PISN rather than contributing with it. In the cases resolved by OAF in the Criminal Clearing Chamber of the Judicial District of Huancavelica – 2015. The main grounds of legal interpretation that cause the behavior of omission attending family duties included in a civil sentence has obtained a criminal connotation that is the unloading of civil institutions. In their legalistic and positivist interpretations, being ineffective in the solution of the - compliance- of said civil sentence, so it is decided to "flee" to criminal law to solve this type of problem, based on the sanctions for those who offend the court order. Now, in the Peruvian jurisdictional area, the OAF issue has been altering important integral rights related to the PISN as: the rights of physical, moral, spiritual, and social development;

because the Criminal Clearing Chamber of the Judicial District of Huancavelica is based only on the importance of compliance with the payment of the pension, considered solely as monetary payment, thereby shifting the fundamental rights of the child's development as secondary. On the other hand, it is essential the fact that our Peruvian Constitution admits the criminal sanction for breach of the judicial mandate with respect to the economic benefits that must be met by the food, as well as the crime of OAF, has its genesis in the natural right, its non-compliance is declared in civil law, and its punishment is constitutionally viable, say, for reasons flowing from socio - political pressures.

**Key words:** Perú, Omission to Family support, breach of maintenance obligations, Best Interest of the Child, prison for debts.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación presenta y explica acerca de "PODER PUNITIVO ESTATAL EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y SU RELACIÓN CON EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANCVELICA - 2015", en la actualidad los jueces de la sala penal liquidadora en el caso de delitos de OAF se impone decisiones para poder hacer cumplir el impago de pensiones alimentarias, tomando como base las sanciones dictaminadas de acuerdo al código penal por el incumplimiento del mandato judicial, respecto a lo mencionado basándose solo al pago monetario que se debe de realizar y desplazando de este modo a un segundo plano los derechos fundamentales del desarrollo: físico, moral, espiritual y social del niño; de esta manera desnaturalizando la protección del interés superior del niño.

## MATERIALES Y METODOS

se utilizó el tipo de investigación aplicada, nivel de investigación descriptivo – explicativo, método de

investigación: exegético, sistemático y sociológico, con un diseño no experimental – transversal, población y muestra constituida por 10 expediente sobre el delito de OAF, técnica de recolección de datos fue el análisis documental y como instrumento la ficha de registro de datos, la validación se realizó mediante el método conocido como juicio de expertos y la confiabilidad se realizó mediante el coeficiente de alfa de Cronbach, el procesamiento, análisis e interpretación de resultados se realizó siguiendo el proceso estadístico

**RESULTADOS**

Finalizado el proceso de recolección de datos mediante la técnica conocida como ANALISIS DOCUMENTAL y como instrumento LA FICHA DE REGISTRO DE DATOS de los expedientes de delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Pasamos presentar, analizar e interpretar los resultados obtenidos:

Tabla 1: Motivación al desarrollo físico del niño

¿Existe motivación al desarrollo físico del niño?				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

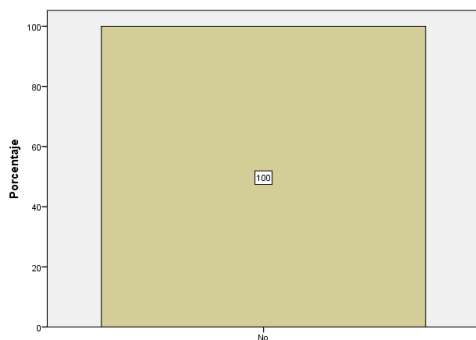


Figura 1: Motivación al desarrollo físico del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo físico del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo físico del niño se ha

desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

Tabla 2: Motivación al desarrollo moral del niño

¿Existe motivación al desarrollo moral del niño?				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

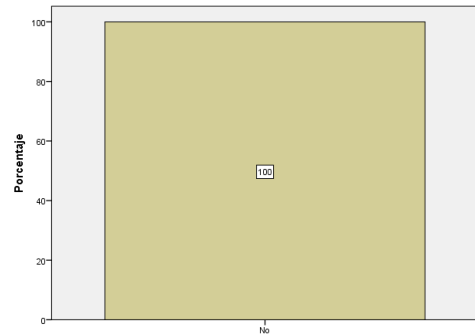


Figura 2: Motivación al desarrollo moral del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo moral del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo moral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

Tabla 3: Motivación al desarrollo espiritual del niño

¿Existe motivación al desarrollo espiritual del niño?				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.



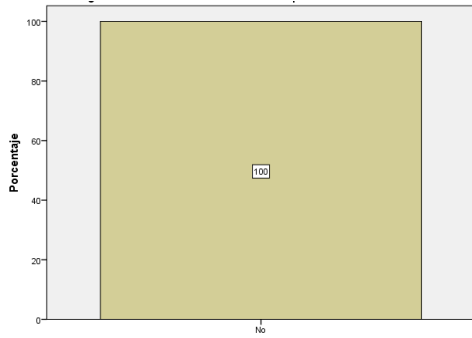


Figura 3: Motivación al desarrollo espiritual del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo espiritual del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo espiritual del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

Tabla 4: Motivación al desarrollo social del niño

¿Existe motivación al desarrollo social del niño?				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

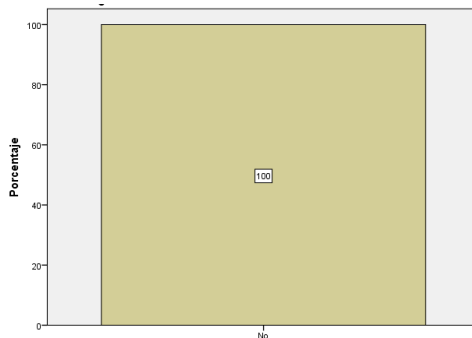


Figura 4: Motivación al desarrollo social del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo social del niño. Por lo que podemos afirmar que el derecho al desarrollo social del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

Tabla 5: Motivación al desarrollo integral del niño

¿Existe motivación al desarrollo integral del niño?				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	9	90,0	90,0	90,0
Si	1	10,0	10,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

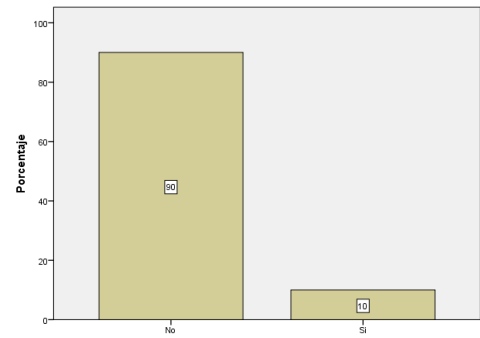


Figura 5: Motivación al desarrollo integral del niño

En el diagrama de barras podemos observar que el 90% de los expedientes revisados sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no existe motivación al desarrollo integral del niño y solo en el 10% de los expedientes revisados existe motivación al desarrollo integral del niño. Por lo que podemos afirmar la mayor cantidad de casos respecto al derecho de desarrollo integral del niño se ha desnaturalizado relacionado al interés superior del niño.

Tabla 6: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación iusnaturalista.

la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación

iusnaturalista				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

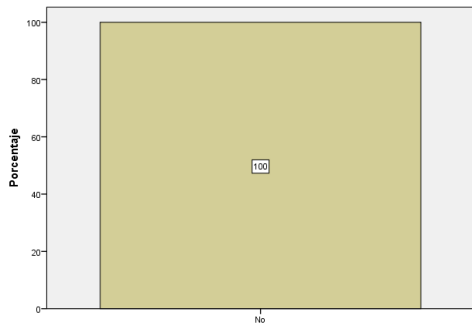


Figura 6: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación lusnaturalista

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no ha desarrollado la interpretación lusnaturalista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica incidida por el Derecho Penal.

Tabla 7: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista  
la sentencia del delito de la OAF desarrolla la interpretación

luspotivista				
	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos Si	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

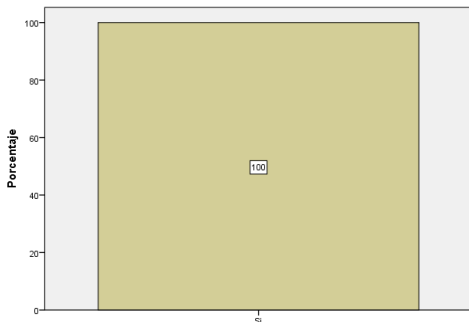


Figura 7: La sentencia del delito de OAF desarrolla la interpretación luspotivista.

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar si ha desarrollado la interpretación luspotivista. Por lo que podemos afirmar que la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huancavelica tomó como referencia en

las sentencias sobre delito de OAF la interpretación jurídica luspositivista.

Tabla 8: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral

la sentencia del delito de OAF busca la protección integral

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	9	90,0	90,0	90,0
Válidos Si	1	10,0	10,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

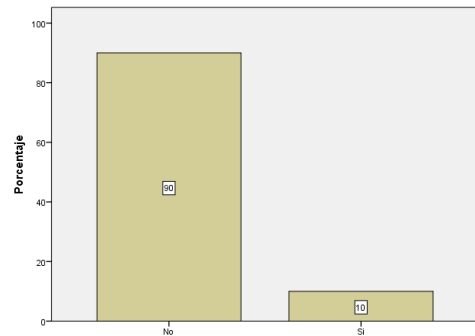


Figura 8: La sentencia del delito de OAF busca la protección integral

En el diagrama de barras podemos observar que el 90% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección integral y el 10% de las sentencias sobre delito de OAF es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección integral.

Tabla 9: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria

la sentencia del delito de OAF busca la protección utilitarista

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	3	30,0	30,0	30,0
Válidos Si	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

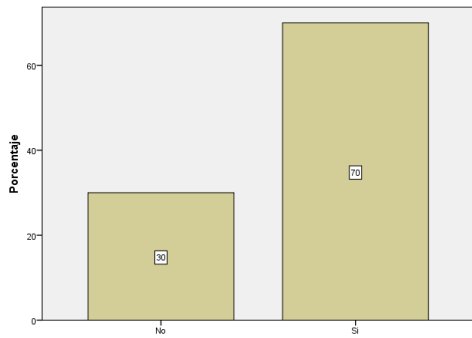


Figura 9: La sentencia del delito de OAF busca la protección utilitaria

En el diagrama de barras podemos observar que el 30% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección utilitaria y el 70% de las sentencias sobre delito de OAF es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección utilitaria.

Tabla 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista

la sentencia del delito de la OAF busca la protección legalista

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos Si	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

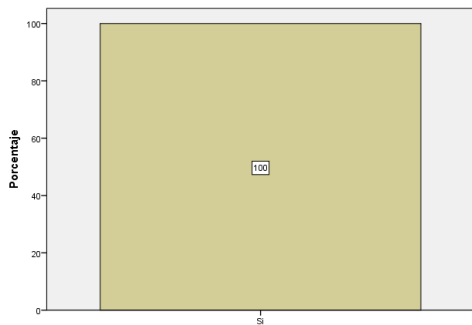


Figura 10: La sentencia del delito de OAF busca la protección legalista

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no es efectivo en la actividad jurisdiccional en el ámbito de la protección legalista.

Tabla 11: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria

la sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

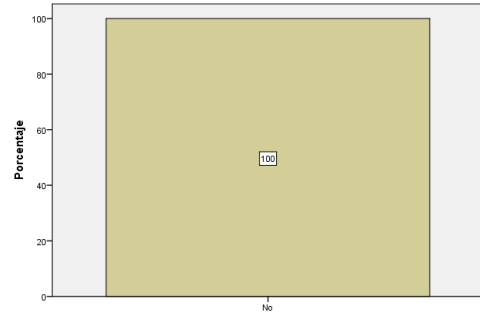


Figura 11: La sentencia del delito de OAF desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla la excepción de prisión por deuda alimentaria. Por lo que podemos afirmar que si bien la Constitución peruana admite la sanción penal de la omisión alimentaria, así no lo hace las sentencias, deduciendo que son otros los supuestos, entre los que se colige las presiones socio-políticas..

Tabla 12: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado

la sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos No	10	100,0	100,0	100,0

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

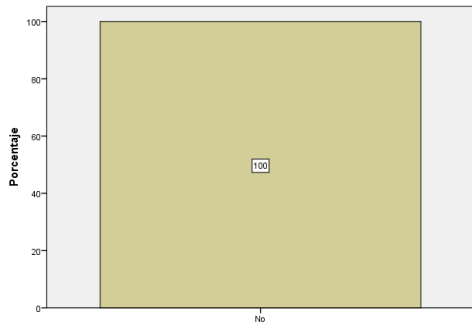


Figura 12: La sentencia del delito de OAF desarrolla el fin ejemplarizador del penado

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla el fin ejemplarizador del penado.

Tabla 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda.

la sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	3	30,0	30,0	30,0
Válidos Si	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Fuente: Análisis documental de los expedientes sobre el delito de OAF.

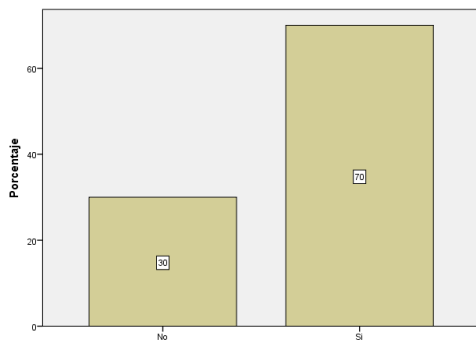


Figura 13: La sentencia del delito de OAF desarrolla el aseguramiento de una deuda

En el diagrama de barras podemos observar que el 100% de las sentencias sobre delito de Omisión a la Asistencia Familiar no se desarrolla el aseguramiento de una deuda.

## DISCUSIÓN

(Torres Gonzales, 2010), elaboró el libro titulado: “El delito a la asistencia familiar”. Donde arribó a las siguientes conclusiones: el delito de OAF, en su presupuesto del tipo penal, tiene un contenido de –exigencia dineraria-, y éste presupuesto en preciso es el “no cumplimiento a la exigencia dineraria” del mandato judicial, dicha exigencia tiene su naturaleza jurídica de carácter civil y por tanto, se estaría en el fondo aplicando una prisión por una deuda. Asimismo “(...) derecho civil ya mostro su ineficiencia para dar solución al incumplimiento de los alimentos y es por ello que ente el fracaso de esta vía, el Estado se ha visto obligado a recurrir al derecho penal”. Respecto al PISN, señala que éste principio “(...) no puede ser argumento ilimitado que sirva para fundar todos los pedidos de la parte agraviada...”. **En el presente trabajo también se afirma que el derecho civil es ineficiente para poder solución a los problemas referentes a delitos de OAF, por lo que se recurre al derecho penal para dar solución a este tipo de problemas. Por lo que podemos afirmar que ambas investigaciones concuerdan con los resultados obtenidos.**

(Del Castillo, 1997, pág. 11), elaboró el libro titulado: “El delito de impago de pensiones”, arribó a las conclusiones siguientes: Que, la conducta del no pago de pensiones, es un delito de desobediencia judicial, dada a la resolución del juez que ordena y establece las prestaciones económicas a realizar. El delito de impago de pensiones, es « (...) fruto de la referida presión social, conducente a un Derecho penal “simbólico”, de galería», que los ámbitos de discusión familiar, no deberían traspasar el ámbito del derecho privado, «otra cosa es “huir” hacia el Derecho Penal, con grave perjuicio para la institución de la pena y de posibles consecuencias negativas para la propia familia». El investigador está convencido de la inoportunidad de la tipificación del impago de las prestaciones establecidas judicialmente en la legislación española, siendo necesario abordar el tema en las

dimensiones: dogmática, constitucional y político criminal. **De acuerdo a la investigación realizada el derecho civil es ineficiente para poder dar solución a los problemas referentes a delito de OAF, por lo que es necesario recurrir al derecho penal para poder dar solución a este tipo de problemas, debido a que el alimentista desobedece el mandato judicial, respecto a ello se aplican sanciones a quienes desobedecen el mandato judicial. Por lo que podemos afirmar que ambas investigaciones concuerdan con los resultados obtenidos.**

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Carvallo, G. (2008). El principio del interes superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6, 223 - 247.
- Aguilar Portales, R. E., & Lopez Sanchez, R. (2007). Los derechos fundamentales en la filosofia juridica garantista de Luigi Ferrajoli. *Revista electronica de la Universidad Nacional Autonoma del Mexico*, 49 - 81.
- Alegre, S., Hernandez, X., & Roger, C. (2014). *El interes superior del Niño. Interpretaciones y experiencias Latinoamericanas*.
- Ameghino Bautista, C. Z. (2009). *El interes superior del niño en el marco de la convencion internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interes superior del niño*. Lima.
- Arias Lopez, C. (2016). *¿Volvemos a los tiempos de la prision por deudas?* Cordoba - España.
- BUAIZ. (2003). Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños. *Ensayo escrito por Yuri Emilio Buaiz V. reeditado por Edda Quirós*. COSTA RICA. Obtenido de [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf)
- Campana Valderrama, M. (2002). *Delito de Omision a la Asistencia Familiar*. Lima - Perú.
- Canales, P., & Loiseau, V. (2005). *Incumplimiento de la obligacion de pagar alimentos a los hijos menores en la legislacion de Argentina, España y Francia*. Santiago de Chile.
- Cillero, M. (1998). *El interes superior del niño en el marco de la convencion internacional sobre los derechos del niño, en infancia, ley y democracia* (DEPALMA ed.). Santa Fe de Bogota - Buenos Aires: TEMIS.
- Código Penal Peruano*. (1991). Lima - Perú: Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú. (1993). *Omision a la Asistencia Familiar, Artículo 2°, inciso 24), literal "c" - EXP. N.° 1428-2002-HC/TC*. Lima - Peru.
- Declaracion de los Derechos del Niño*. (1924). Ginebra.
- Declaracion de los Derechos del Niño*. (1959). Ginebra.
- Declaracion Universal de Derechos Humanos*. (1948). Ginebra.
- Del Castillo, J. B. (1997). *El delito de impago de pensiones*. Barcelona: Cometa S.A Editores.
- Fanlo Cortes, I. (2008). *Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos: algunas notas introductorias*. Mexico.
- Fiscalía de la Nación. (2013). *Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva*. Lima.

- Gonzales, E. (2005). *Educación en la efectividad*. Madrid - España.
- Hernandez Sampiere, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. México: McGRAWHILLINTERAMERICANA EDITORES, SA DE C.V .
- Juan A. PEREZ LLEDO y GONZALES LAGIER Daniel. (s.f.). *Apuntes sobre la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX*. Obtenido de Universidad de Alicante España: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES\\_DE\\_FILOSOFIA\\_DEL\\_DERECHO.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20557/1/APUNTES_DE_FILOSOFIA_DEL_DERECHO.pdf)
- Marquez Garcia, R. (2013). *No hay prisión por deudas*.
- Mertinez, G. (1962). *Legislación de amparo familiar y de menores: Ley 13906 punitiva del abandono de familia*. Lima.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (1991). *Código Civil Peruano*. Lima - Perú.
- Oré Chavez, I. (2010). *La familia desde la perspectiva de los derechos humanos*. Lima - Perú.
- Oré Chavez, I. A. (s.f.). *Las corrientes filosóficas en la legislación peruana sobre el delito de la omisión a la asistencia familiar en la modalidad de cumplimiento de obligación a prestar los alimentos*. Lima - Perú.
- Perez Lledó, J. A., & Gonzales Lagier, D. (s.f.). *Apuntes sobre el derecho de los siglos XIX Y XX: de la escuela de la exegesis a Ronald Dworkin*. Alicante - España.
- Salinas Siccha, R. (2007). *Derecho Penal: Parte Especial*. Lima - Perú: Grijley.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 1428-2002-HC/TC (1428-2002).
- Silva, A. (s.f.). *Determinando la población y muestra*.
- Tapia Vivas, G. R. (2002). *El delito de omisión de asistencia familiar. Aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica Editores.
- Torres Gonzales, E. (2010). *El delito a la asistencia familiar*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Vargas Cordero, Z. R. (2009). La investigación aplicada: una forma de conocer las realidades con evidencia científica. *Revista Educación*, 155 - 165.
- Varsini Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.