

**LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE
EL DELITO DE LA OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN LA
MODALIDAD DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN A PRESTAR LOS
ALIMENTOS.**

Presentado al segundo concurso de artículos de investigación jurídica “LA FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS”.

SEUDÓNIMO DEL AUTOR: BERENGUER R.

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. 1.1. SOBRE EL TEMA A TRATAR. 1.2. CONTENIDO CONCRETO Y CENTRAL DEL TEMA. 1.3. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN A DESARROLLAR. II. LAS FILOSOFÍAS JURÍDICAS EN EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA. 2.1. EL ANTEPROYECTO DE LEY QUE INSTITUYE EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA. 2.2. LA LEY NÚMERO 13906. LEY PUNITIVA DEL ABANDONO FAMILIAR. 2.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1991. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR. 2.4. SOBRE LA FILOSOFÍA JURISPRUDENCIAL. 2.5. SOBRE EL PROYECTO DE LEY 391/2006-CR. SOBRE LA PRISIÓN EFECTIVA. 2.6. SOBRE EL PROYECTO DE LEY 2800/2008-CR. LOS MECANISMOS PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA. 4.1. DOCUMENTOS. 4.2. DOCTRINA. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

1.1. SOBRE EL TEMA A TRATAR.

El presente trabajo gira alrededor de un tema principal: la continua yuxtaposición de la concepción de los derechos humanos entre las corrientes jusnaturalista y positivista en el devenir histórico del derecho peruano, pero debido al universo amplio que ello acarrea y las exigencias requeridas para la elaboración de este trabajo nos centraremos en la evolución legislativa respecto a la punición de las obligaciones alimenticias en el derecho peruano.

En esta materia en concreto, la obligación alimenticia en su ser aparece para los jusnaturalistas del constitucionalismo 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, primera, primitiva y original. 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.

En lo que atañe a los positivistas legalistas, la obligación alimenticia para ser tutelada penalmente 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.

De lo visto se podrá colegir que el positivismo encierra aunque no desee aceptarlo la exigencia del respeto al orden social regulado y controlado por el Estado, considerando una anormalidad 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.

Es en base a estos razonamientos es que trataremos de entender la filosofía pasada, presente y futura que se encierra dentro de toda la legislación que ha penalizado la omisión a la asistencia familiar por incumplimiento de las obligaciones alimenticias.

1.2. CONTENIDO CONCRETO Y CENTRAL DEL TEMA.

El pasado 21 de Julio La Comisión de la Mujer y Desarrollo Social del Congreso de la Republica emitió un Dictamen favorable al Proyecto de Ley Número 2800/2008-CR el cual “propone ley que crea en el código penal,

mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, sin embargo había recibido un dictamen negativo en la Comisión de Justicia y derechos Humanos el día 3 de abril del presente año, este proyecto de ley fue ingresado el 22 de octubre del 2008 siendo decretado a ambas comisiones donde llegó el 28 del mismo mes.

Respecto al motivo del dictamen negativo en la comisión referida, debemos indicar que este proyecto fue revisado en forma conjunta con otro proyecto de Ley, el signado con el número 391/2006-CR ingresado en fecha 12 de octubre de 2006 el cual contenía un “ley que dispone la aplicación de prisión efectiva en casos de delitos de omisión de asistencia familiar” siendo el 19 de ese mes decretado a las comisiones anteriormente mencionadas recibiendo el 26 de abril de 2007 un dictamen favorable por parte de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social el que fue alcanzado por unanimidad, sucediendo que el proyecto hermano número 2800 aparece posteriormente por lo cual ambos se acumulan para ser revisados en la Comisión de Justicia y derechos Humanos donde se emite el Dictamen desfavorable.

Pero la opinión desfavorable se debió tanto a observaciones al proyecto 2800 como a las hechas a su hermano mayor, el proyecto 391, lo cual se deduce claramente de la lectura del dictamen, es cuando este primer proyecto es visto independientemente en la Comisión de Justicia y derechos Humanos cuando se decide por su aprobación.

Lo cual nos lleva a la pregunta ¿que tenían estos dos proyectos de singular? Para contestarnos esta pregunta debemos entrar al contenido de ambos proyectos.

Empecemos por el proyecto número 391/2006-CR este fue concebido por el grupo ALIANZA PARLAMENTARIA y proponía modificar los artículos 57º, 62º, 68º, 149º, y 150º del Código Penal, así como modificar el artículo 286º del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de disponer la aplicación de prisión efectiva en casos de delitos de omisión de asistencia familiar que afecten a menores de edad o a quienes tengan incapacidad física o mental permanente, posteriormente recibió un Dictamen favorable de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social sin embargo este se emitió con un texto sustitutorio el cual acogió la propuesta para los delitos de omisión a la asistencia familiar, pero eliminando del texto legal propuesto la frase “que afecten a menores de

edad o a quienes tengan incapacidad física o mental permanente”. Posteriormente el dictamen negativo que obtuvo en la otra comisión fue por ser un proyecto elaborado según lo que podríamos calificar de “**criterios jurídicamente estrictos**”, el cual estaba influenciado por una filosofía eminentemente positivista.

El otro proyecto es el número 2800/2008-CR fue concebido por el APRA cuya propuesta consiste en modificar los artículos 57º y 62º e incorporar el artículo 69º-A al Código Penal, con la finalidad de crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar¹. Este recibiría el dictamen negativo de la Comisión de Justicia y derechos Humanos debido a “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 del fallo condenatorio y la rehabilitación el pago total o parcial del monto de la obligación en general y la alimentaria en especial” siendo diferente el resultado cuando es visto en la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social donde si es aprobado el proyecto por considerarse que su implementación cumplía con la finalidad primordial la cual es el cumplimiento de la prestación alimenticia en atención al interés superior del niño y del adolescente. Este proyecto lo podríamos calificar en su elaboración de estar elaborado en base a un “**criterio jurídicamente flexible**” con una influencia claramente jusnaturalista.

1.3. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN A DESARROLLAR.

Si queremos entender el papel que han tenido de estas dos corrientes en el desarrollo de la legislación de nuestro país, debemos comprender primero la evolución legislativa de este instituto jurídico desde sus orígenes hasta la actualidad, así como las distintas concepciones que informaron la normativa existente y que terminaron desembocando en la actual legislación, para por último extrapolar la futura corriente de derecho que resulte mas acorde a la realidad de nuestro el ordenamiento jurídico.

II. LAS FILOSOFÍAS JURÍDICAS EN EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE OMISIÓN A LA ASISTENCIA ALIMENTARIA.

2.1. EL ANTEPROYECTO DE LEY QUE INSTITUYE EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA.

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. (NAVARRO IRVINE: 1954).

La importancia de este documento como punto de inicio del 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, esta habla de que “si se quiere forjar una nacionalidad robusta debe sobretodo defenderse la familia...sustentándola con medidas legislativas de protección” tenemos una visión que reconociendo a la familia como una institución natural, acepta que el Estado se encuentra en la obligación de protegerla porque al hacerlo también estaría contribuyendo al fin secular del Estado latinoamericano en particular: forjar la nacionalidadⁱⁱ.

A continuación se justifica la penalización de esta figura en el hecho de que *las sanciones civiles de privación de la patria potestad o de concesión de separación matrimonial, casi puede decirse que han fracasado, 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 al 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 (estatus de jefe del hogar) o privándole del ejercicio de la patria potestad (estatus de padre) en otras palabras la legislación anterior de clara influencia naturalista escolástica sancionaba esta conducta con un especie de *excomunió familiar*, importando la cosmovisión católica ortodoxa a una realidad secular y laica, por lo cual concibió frutos estériles en la vida social.

Pero ello no implica el descarte del jusnaturalismo decimonónico que 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 seguir existiendo, pero con nuevo ropaje, el levemente tibio revestimiento positivista de la segunda post guerra mundial.

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

- 1) *El abandono propiamente dicho que es la ausencia voluntaria del hogar* (artículo 1º, letra “a”),
- 2) *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* (artículo 1º, letra “b”); y
- 3) *La rebeldía en el pago de las pensiones alimenticias a que se ha ido condenado* (artículo 3º);

Es aquí donde 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.ⁱⁱⁱ

Sin embargo eso no significa que el jusnaturalismo haya sido desterrado completamente del pensamiento de los juristas de ese entonces- ni siquiera de 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.

Sin embargo el hecho de existir la tercera tipificación no significa una irrupción brusca 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 de 100 mil soles o ambos, y por si fuera poco contemplaba una pena accesoria, la privación de la patria potestad y de los derechos de familia es decir la *excomuni3n familiar*, yendo mucho más allá pues también añadía como pena accesoria la privaci3n

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.

Como puede observarse 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 prístina, 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 punto que expresa la filosofía imperante se encuentra en los supuestos donde procedía la disminución del poder punitivo. En efecto, el proyecto desarrolla este tema basado en situaciones relacionadas al estatus procesal del agente activo:

- a) 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*,
- b) 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*,
- c) 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,

Es decir, 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 no era la simple punición preventiva, sino 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 comentado 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. LA LEY NÚMERO 13906. LEY PUNITIVA DEL ABANDONO FAMILIAR. (MARTÍNEZ G., S: 1962).

Esta ley fue promulgada el 24 de enero de 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.

Esta ley 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 esta 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.

Es decir esta redactado 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 ha 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.

Respecto al aplacamiento de la ira punitiva,

- 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 cancelaran si el responsable vuelve a incumplir con su obligación alimentaria.

Puede notarse el avance de las ideas positivas en este dispositivo legal si se le compara con el anteproyecto presentado casi una década atrás, 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.

Asimismo la 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 responsable 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.

Por lo que podemos concluir 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. Esta ley sería posteriormente derogada expresamente por la Primera Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y vigente al 1 de enero de 1993, dispositivo que también estipulaba que quedaban *igualmente derogadas las normas que establezcan procedimientos preferentes*

o especiales para el pago de obligaciones o para la ejecución judicial de garantías, debiendo todo procedimiento de prestación alimenticia tramitarse conforme al proceso específico regulado en este Código[Procesal Civil].

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, situación que no iban a permitir los autores del Código Procesal Civil.

Es por eso que según este racionalismo ordenador, el Juez Penal sólo castiga el delito denunciado mientras el Juez Civil sólo exige la prestación demandada. Pero aún así este legalismo racionalista significó una exageración al abolir la ley punitiva del abandono familiar en vez de mejorarla. Mas adelante veremos que el resultado fue la reducción significativa del jusnaturalismo para poner en vigencia una nueva legislación mas acorde con la filosofía legalista.

2.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1991. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR.

Es de notar que antes de la derogación expresa de la LEY NÚMERO 13906, ya se encontraba vigente el CÓDIGO PENAL DE 1991, el cual terminó suplantando a aquel cuerpo legal hasta la actualidad. Este código pena en su artículo 149º la Omisión de prestación de alimentos cuyo texto literal es:

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

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

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

Como puede verse 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: 2007, 400)

Es decir sólo serían alcanzadas 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.

Nótese como 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.

Pero 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,^{iv} 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.

Es allí donde aparecen estos dos proyectos de ley con los cuales iniciamos esta investigación, los cuales serán definitivamente analizadas en este trabajo, no sin antes hacer un análisis de la doctrina jurisprudencial contrapuesta en torno a esta materia.

2.4. SOBRE LA FILOSOFÍA JURISPRUDENCIAL.

En el año 2002 la Fiscal Tapia 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 es necesario entender que 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 y tenía por 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 mas 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 mas 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 seria considerarlos contradictorios entre si, 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 mas bien seria 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 enmarcadamente 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.

Respecto a 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. Además, 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.

2.5. SOBRE EL PROYECTO DE LEY 391/2006-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”. Aunque sus autores busquen ser más disuasivos que represivos es notorio que 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.

Es por ello que 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 neoconstitucionalismo^v, el cual se opone radicalmente al legalismo positivista.

Por lo expuesto podemos inferir que fueron estas las causas que provocaron la derrota de este proyecto de ley, el hecho de que éste se encontraba rezagado en el devenir de las ideas.

2.6. 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^{vi}. De lo expuesto se ve claramente el contraste con el proyecto anterior y la poderosa influencia que el pensamiento neoconstitucionalista tiene sobre las iniciativas legales con más oportunidad de prosperar.

Sin embargo no fue aprobado por el dictamen del 3 de abril de 2009 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 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.

III. CONCLUSIONES.

Esta presencia del jusnaturalismo neoconstitucionalista 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 neoconstitucionalismo implique la degeneración y consecuente deterioro del carácter garantista y legalista del derecho punitivo peruano.

Además, el proyecto 2800 se encuentra más acorde con la tendencia neoconstitucional de nuestro actual ordenamiento jurídico y el criterio jusnaturalista de los encargados de administrar la justicia, por lo que tiene más probababilidades de llegar a alcanzar su eficacia, es decir, conseguir el cumplimiento de los deberes asistenciales a favor de los alimentistas, a diferencia del proyecto 391, mas orientado a penar indiscriminadamente que a proteger a la víctima.

Otra conclusión importante es que siempre ha existido una yuxtaposición de las corrientes filosóficas entre si, pues ambas han existido juntas en los mismo cuerpos legales estando próximos e inmediatos uno al otro, por lo que un gran reto del neoconstitucionalismo será constituirse en una postura ecléctica que logre fijar un punto saludable e intermedio para no caer en extremismos^{vii}. Lo cual al parecer de quien escribe no se halla alejado de volverse una realidad siempre y cuando los legisladores estén concientes de estos vientos de cambio.

IV BIBLIOGRAFÍA

4.1. DOCUMENTOS

- Dictamen de la Comisión de Mujer y Desarrollo Social. DICTAMEN QUE RECAE EN EL PROYECTO DE LEY N° 2800/2008-CR, QUE PROPONE LEY QUE CREA EN EL CÓDIGO PENAL, MECANISMOS QUE ASEGUREN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PREVISTA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR. 21/07/2009.
- Dictamen (Mayoría) de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. DICTAMEN DE ARCHIVO DE LOS PROYECTOS DE LEY N°s 391/2006-CR 2800/2008-CR, PROPONIENDO MODIFICAR LOS ARTÍCULOS 57º, 62º Y 69º DEL CÓDIGO PENAL, INCORPORANDO MECANISMOS QUE ASEGUREN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR. 03/04/2009.
- Dictamen (Mayoría) de la Comisión de Mujer y Desarrollo Social. Dictamen por Unanimidad recaído en el Proyecto de Ley N° 391-2006-CR por el que mediante un texto sustitutorio, se propone modificar los artículos 57º, 62º, 68º, 149º y 150º del Código Penal y el artículo 286º del Código de Procedimientos Penales. 26/04/2007.
- PROYECTO 02800/2008-CR. Propone modificar los artículos 57º y 62º e incorporar el artículo 69º-A al Código Penal, con la finalidad de crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de la obligación alimentaria prevista en los delitos de omisión a la asistencia familiar.
- PROYECTO 00391/2006-CR. Propone modificar los artículos 57º, 62º, 68º, 149º, y 150º del Código Penal, así como modificar el artículo 286º del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de disponer la aplicación de prisión efectiva en casos de delitos de omisión de asistencia familiar.

4.2. DOCTRINA.

- AGUILERA PORTALES Rafael Enrique, Rogelio López Sánchez. Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, ISSN 1870-2155, N°. 4, 2007.

- MARTÍNEZ G., S. comp. Legislación de Amparo Familiar y de Menores: Ley 13906 punitiva del abandono de familia. PUBLICACIÓN Lima: s.e; 1962.
- NAVARRO IRVINE, Félix. Discursos, Memorias y Proyectos. PUBLICACIÓN Lima: Colegio de Abogados de Lima; 1954.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. TITULO Derecho penal. Parte especial. PUBLICACIÓN Lima: Grijley; 2007.
- TAPIA VIVAS. "El delito de omisión de asistencia familiar. Aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales. "Diálogo con la jurisprudencia. RESPONSABLE Gaceta Jurídica Editores. VOLUMEN, Nº 46. MES Jul. PUBLICACIÓN Perú, Lima; 2002.

ⁱ Estos mecanismos serían a) suspender la ejecución de la pena si el inculcado al momento de emitirse la sentencia cumple con cancelar por lo menos las tres cuartas partes del monto total de la obligación alimentaria que dio origen al proceso penal; b) disponer la reserva de fallo condenatorio cuando el sentenciado cumpla con cancelar el íntegro de la obligación alimentaria que dio iniciación al proceso penal; c) la improcedencia de la rehabilitación automática cuando el sentenciado no ha cumplido con pagar el íntegro de la obligación alimentaria que dio origen a la sentencia condenatoria.

ⁱⁱ 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 nacieron 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.*

ⁱⁱⁱ 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.

^{iv} 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: 2007, 402)

^v Entre los rasgos característicos del neoconstitucionalismo, 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 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. (Aguilera Portales: 2007 ,15)

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.

^{vi} Es de notar esta diferencia entre ambas corrientes, el positivismo legalista no ve mas justificación que la ley mientras que para el neoconstitucionalismo y su jusnaturalismo intrínseco la realidad social encierra parte de la justificación de sus propuestas.

^{vii} 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.