



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

Abogado

**AUTOR:**

Cataño De La Cruz, Néstor Hubert (ORCID: 0000-0001-5214-8144)

**ASESOR:**

Dr. Prieto Chávez, Rosas Job (ORCID: 0000-0003-4722-838X)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Sistemas de Pena, Causas y Formas del Fenómeno Criminal

LIMA – PERÚ

2020

## **Dedicatoria**

Hija desde que llegaste a mi vida, cambiaste por completo mi forma de ver las cosas, ver tu sonrisa me llena de felicidad a su vez significas el amor más puro e incondicional que un ser humano puede transmitir, de hecho, inspiraste en mí para llevar a cabo esta investigación, por lo cual a ti debo todos mis logros tesoro mío, Nyree Catalina Cataño Calle. A tu corta edad me has enseñado muchas cosas. Eres mi mayor motivación.

## **Agradecimiento**

Por encima de todo, agradecer a Dios por haberme brindado alegrías y aprendizaje, permitiéndome vivir una bonita experiencia universitaria, a mi asesor Rosas Job Prieto Chávez por su comprensión y guía para el desarrollo del presente trabajo, a mis padres y hermanos por ayudarme en cada decisión, a todas las personas especiales en mi vida que son nada más y nada menos que un conjunto de seres humanos excepcionales que contribuyeron en la realización de esta meta, Rossmery Rengifo, Alfredo Solórzano, Marleni Román, María De Los Ángeles Yauri.

## Índice de contenidos

Carátula .....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento .....	iii
Índice de contenidos .....	iv
Índice de tablas.....	v
Resumen .....	vi
Abstract.....	vii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO .....	3
III. METODOLOGÍA.....	29
3.1. Tipo y diseño de investigación .....	29
3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización.....	30
3.3. Escenario de estudio .....	31
3.4. Participantes.....	31
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	31
3.6. Procedimientos.....	32
3.7. Rigor científico.....	32
3.8. Método de análisis de información.....	33
3.9. Aspectos éticos .....	33
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	34
V. CONCLUSIONES.....	44
VI. RECOMENDACIONES.....	46
REFERENCIAS .....	48
ANEXOS.....	53

## Índice de tablas

Tabla N.º 01: Categorías y subcategorías de la variable independiente.....	30
Tabla N.º 02: Categorías y subcategorías de la variable dependiente .....	30
Tabla N.º 03: calificaciones para la validación de entrevista .....	33

## Resumen

La presente investigación titulada “Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019”, tiene como objetivo desde un enfoque general, demostrar que los fines que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos colisiona frente al principio del interés superior del niño.

Siendo que se justifica en la protección especial del menor, para su desarrollo íntegro en el ámbito psicológico, físico, moral, y social, en mérito al Principio del Interés Superior del Niño, el mismo que se ve lesionado durante el proceso de prestación de alimentos, por lo que resulta necesario ir en consonancia con las normas constitucionales, y tratados internacionales.

En esa línea, respecto a la metodología, cabe señalar que la presente investigación es de enfoque cualitativo, de tipo básica, con diseño interpretativo, basado en teoría fundamentada, utilizándose la técnica de Entrevista; para luego concluir que, los fines que persigue el principio del interés superior del menor colisiona frente al delito de omisión de prestación alimentaria, pues su tipificación contendría una finalidad “aparente”, al regular en el artículo 149º del Código Penal, una sanción de pena privativa de la libertad, que agrava la situación de vulnerabilidad del menor.

Palabras clave: Principio del Interés Superior del Niño, omisión de prestación alimentaria, colisión, delito.

## **Abstract**

The present investigation entitled "Collision of the principle of the best interest of the child against the crime of omission of food delivery, Peru - 2019", aims from a general approach, to demonstrate that the fines that pursue the crime of omission of food delivery collides with the best interests of the child principle.

Being that it is justified in the special protection of the minor, for its full development in the psychological, physical, moral, social sphere, in merit to the Principle of the Best Interest of the Child, the same that is injured during the food feeding process, reason why it is necessary to go in accordance with constitutional norms and international treaties.

In this line, regarding the methodology, it should be noted that the present research is a qualitative approach, of a basic type, with an interpretive design, based on grounded theory, having used the Interview technique; concluding that, the fines that pursue the principle of the best interest of the minor collision against the crime of omission of food supply, since its typification would contain an "apparent" proposal, regulating in article 149 of the Penal Code, a penalty of exclusive punishment of freedom, which aggravates the vulnerable situation of the minor.

**Keywords:** Principle of the Best Interest of the Child, omission of food attribution, collision, crime.

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país la omisión de la prestación de alimentos ha sido un problema social que, hasta el momento no ha sido solucionado, por el contrario, este delito se ha vuelto muy común en los juzgados y fiscalías penales, conforme lo ha reportado la Defensoría del Pueblo (2018) “[...] existen en los juzgados civiles 3,512 expedientes de procesos de alimentos [...] a nivel nacional” pendientes de resolver.

De esta manera, en el Perú se ha incrementado progresivamente los sentenciados del referido delito - omisión de la prestación de alimentos, muchos de los cuales se encuentran cumpliendo de manera efectiva la pena impuesta. Sin embargo, resultaría pertinente preguntarnos ¿si a través de la penalización de dicha conducta se garantiza la alimentación del menor teniendo en cuenta el principio de interés superior del niño?

Pues tal parece, que los legisladores se han centrado en castigar al sujeto activo del delito (los obligados por ley) que incumplen con el deber alimenticio, pero no en la situación posterior del menor, que conforme a las máximas de la experiencias se encuentra al cuidado de un solo padre o de un familiar, el cual debe de asumir con todos los gastos, de esta manera, no se ejercita lo señalado por el principio del interés superior del niño, que persigue como fin, el desarrollo integral del menor, en todas sus esferas, esto es, físico, psicológico, moral y espiritual.

Es así que, surge un problema que adolece la sociedad, por lo cual nos planteamos la siguiente interrogante como problema general: ¿De qué manera colisiona el principio del interés superior del niño frente a la tipificación del delito omisión de prestación de alimentos?, así en atención a sus categorías, formulamos los siguientes problemas específicos: primero ¿Cuál es la finalidad de la sanción punitiva del delito de omisión de prestación de alimentos?, segundo ¿De qué manera la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos coadyuva al desarrollo integral del niño?, y como tercer problema específico ¿Cómo el tipo penal de omisión de prestación de alimentos debería ser objeto de modificación?

Ello se justifica en la importancia y protección especial que debe de otorgarse al menor, sujeto de derecho con mayor estado de vulnerabilidad, tal y como lo prevé la norma fundamental, y los diversos tratados internacionales del que forma parte nuestro país, debiéndose tener presente el principio del interés superior del niño como base de interpretación normativa cuando los derechos del menor se encuentren en algún tipo proceso judicial y/o administrativo, a fin de que los Estados partes puedan adoptar decisiones que no menoscaben los derechos del menor, en particular cuando el reclamo por su derecho a los alimentos se encuentre en un proceso penal como el regulado en nuestro país, que sanciona en el CP, art. 149, hasta con una pena de tres años de privación de la libertad a los obligados por ley, agravando la situación de vulnerabilidad del menor, siendo necesario que el legislador reflexione tal consecuencia, a fin de regular los derechos del menor en pro del Principio del interés superior del menor. En ese sentido, a lo largo del trabajo se abordarán diversas bases teóricas en relación a lo que implica el principio de interés superior de los niños, tomando en consideración que el marco jurídico adoptado por parte del Estado, debe de prever que estos menores puedan ejercer su derecho a la alimentación.

Sin embargo, se puede evidenciar que los alimentantes se muestran reacios con el cumplimiento del deber alimenticio, a tal punto, de llegar a ser privados de su libertad, y ni, aun así, se puede asegurar el cumplimiento, quedando el menor sin ejercer su derecho de alimentación, exponiendo al menor a no desarrollarse de manera integral.

Expuesto todo ello, el fin del presente trabajo es alcanzar los siguientes objetivos: primero, desde una perspectiva general: Demostrar que los fines que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos colisiona frente al principio del interés superior del niño. Y como objetivos específicos: primero, identificar la finalidad que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos (a fin de contrastar la colisión con los fines que persigue el principio del interés superior del niño); segundo, determinar que la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos no coadyuva al desarrollo integral del niño; y tercero, exponer que el tipo penal de omisión de prestación de alimentos (artículo 149, Código Penal), debe ser objeto de modificación, toda vez que transgrede los fines del principio del interés superior del niño.

## II. MARCO TEÓRICO

A nivel nacional se tiene los siguientes antecedentes, en relación al interés superior del niño:

Chávez y Chevarria (2018) en su trabajo titulado *“El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia”*, concluyeron que los magistrados especializados en materia de Familia, del Poder Judicial al decidir, evaluar y determinar sobre la situación del menor deben considerar el interés superior del menor, específicamente su desarrollo integral que comprende las esferas física, psicológico, social y moral, tal y como se expresó en el supuesto normativo N.º 27, de la CDN.

Por su lado, Álvarez (2017) su tesis intitulada *“Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño”*, concluyó que el Interés Superior del Niño busca establecer una mejor condición de vida para los menores, y de esta manera, lograr proteger sus derechos primordiales. Por lo que, el juez al decidir una materia en cuestión referida a los intereses del menor debería tener en cuenta el impacto social positivo o negativo que puede causar al resolver un caso concreto, independientemente de quien sea la parte más débil del proceso.

Quispe (2017) en su trabajo titulado *“El interés superior del niño frente al incumplimiento de la obligación alimentaria”*, concluyó de que en los procesos judiciales donde se debate la existencia de algún perjuicio a los derechos del niño, los tribunales deben otorgar un trato prioritario, toda vez que un menor se encuentra revestido de caracteres singulares y particulares frente a otros, por lo que más allá de todo, debe velarse por el respeto de sus derechos fundamentales en el transcurso del proceso; pues, eso exige la aplicación del principio del Interés superior del menor, en la actividad estatal.

En cuanto a los antecedentes nacionales en relación a la tipicidad normativa de la omisión a la prestación de alimentos, se tiene lo siguiente:

Mojonero (2018) sustentó su tesis titulada *“El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y el Interés Superior del Niño en el Distrito Judicial de Ventanilla 2018”*,

concluyó que imponer una sanción de privación de la libertad, de modo efectivo, en razón a la tipificación penal de la omisión a la prestación alimentaria, no garantizaría el pago de las pensiones devengadas, esta medida solo vulnera derechos fundamentales y genera un gran daño para el menor, ya el padre o la madre estando encarcelado no podrá generar ingresos para su menor hijo, pues en prisión también el imputado necesitara algunos ingresos para su sustento, poniéndose en riesgo de modo indirecto el interés superior del niño.

Por otro lado, Ponte (2017) en su trabajo titulado *“Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014”*, concluyó que la imposición de una sanción que priva la libertad no asegura que el deudor alimentario cumpla con la pensión de alimentos, sin embargo, para lograr su cumplimiento podría imponerse al obligado la realización de actividades forzadas, sin embargo, lastimosamente esta opción no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico.

Pineda (2017) en su tesis titulada *“Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado Penal del Callao 2016”*, concluyó que en el Tercer Juzgado Penal del Callao 2016, existe correspondencia relevante entre el ilícito de omisión de prestación de alimentos y la disfunción familiar.

Así, a nivel internacional se tiene los siguientes antecedentes a la presente investigación:

Acuña (2015) en su trabajo denominado *“El principio del interés superior del niño frente a la nueva imputabilidad del Código Orgánico Integral Penal”*, concluyó manifestando que la legislación de Ecuador ha producido muchos cambios en la normativa en general con la finalidad de adecuar a las exigencias establecidas en la CDN lo cual, definitivamente ha sido positiva para que el Estado promueva la tutela de los niños, dando nacimiento al Código de la Niñez y Adolescencia, significando un avance para su ordenamiento jurídico. Por lo que considera, que este principio busca que tanto el Estado como las autoridades administrativas tomen decisiones donde los niños estén inmersos de alguna manera decida lo que es mejor para el niño, buscando satisfacer en todos sus extremos los derechos de los menores.

Rivas (2015) en su tesis titulada *“La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”*, en la Universidad de Chile, concluyó que la CDN, ha insertado en el ordenamiento jurídico de Chile, conceptos nuevos es por ello, que es comprensible que los países se tomen el tiempo para adecuar sus normas a los planteamientos dados por la convención pues, es preciso señalar que cada país tiene una realidad diferente a otra y no se puede pretender que lo que funciona en un país vaya a funcionar en otra. Así, después de 10 años los países miembros han llegado a concordar que este principio no es un planteamiento social con caracteres genéricos, sino es un precepto que tiene origen en la búsqueda del bienestar general del niño.

Yanes (2016) en su trabajo titulado *“El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato”*, en la Universidad Andina Simón Bolívar, de Ecuador, concluyó señalando que es complejo la aplicación de este principio frente a casos concretos del Poder Judicial, pues es un concepto amplio e indeterminado que contiene derechos de diversa índole, en ese sentido, señaló coincidir con la postura de los magistrados, pues la aplicación del interés superior del menor al comprender un concepto muy amplio e indeterminado que resulta difícil aplicarlo en casos específicos, pudiéndose superar mediante el análisis de necesidad, adecuación y proporcionalidad, siendo que si frente a un caso el interés superior del menor colisiona frente a otro principio, se puede emplear el instrumento de la ponderación.

Así también, se tienen los siguientes estudios internacionales en relación a la omisión de prestación de alimentos:

Cabrera (2017) en su trabajo titulado *“La medida de apremio personal por incumplimiento de obligaciones alimenticias: Poder Punitivo Latente. Análisis de jurisprudencia”*, sustentado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, concluyó que casi el 85% de los alimentantes con pena privativa de libertad ganaban un salario mensual menor o igual al salario básico, denotándose la clase social baja de los deudores, de esta manera, se puede entender que el incumplimiento de su obligación se origina por no tener suficiente economía para realizarlo. Por lo cual, la regulación estaría criminalizando una situación económica y no la conducta a reprochar.

Moreno (2018) en su tesis titulada *“El delito de inasistencia alimentaria: un análisis teleológico de la pena”*, que sustentó en la Universidad Santo Tomás, de Colombia, concluyó que la figura penal en torno a la inasistencia alimentaria al imponer una pena privativa de la libertad, contraviene los preceptos constitucionales del bien jurídico de la familia, y de un Estado Social de Derecho en general debido a que debiese propender por la seguridad y reconstrucción de la familia y en cambio quiebra su núcleo y da como resultado mayores desigualdades y daños a todos aquellos que requieren asistencia alimentaria.

Atendiendo los párrafos precedentes, resulta menester precisar los conceptos o el contenido de las variables, de la institución del Principio del Interés superior del niño, así en cuanto a su conceptualización, podemos encontrar a diversos autores que lo definen, como:

En la Revista Derecho & Sociedad, Rivera concluyó que el “[...] Principio del interés superior del niño se creó con el fin de una protección plena para los niños y así, evitar arbitrariedades y abusos. Este principio significa que el niño se encuentra primero sobre todas las cosas” (2018, p. 246). De lo referido, podemos señalar que, al hablar de protección plena, debería entenderse desde la esfera física, mental y emocional del menor.

Por otro lado, Miguel Cillero (1998) en su artículo titulado “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño que por Principio del Interés Superior del Niño” concluye que aquella garantía de la eficacia del principio, de tal manera, que todos los derechos del menor deben de protegerse, por lo cual, cuando en manos de un Juez llegue un asunto que tenga que ver con un menor, este no deberá de brindar una solución “solo” en base a cuestiones jurídicas, sino que su decisión deberá de abarcar la máxima protección de los derechos del niño, tal como refería Rivera, otorgar una protección plena de los derechos del menor.

Zermatten (2013) en su artículo “El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico. Instituto Internacional de los derechos del infante” en un intento por puntualizar el principio de interés superior del niño, señala que este es una herramienta jurídica que tiende a tutelar el bienestar del menor en las esferas física, psíquica y social; generando una obligación por parte de los entes

públicos y privados de tener presente dicho principio sobre cada decisión donde se encuentre como parte al niño.

Así, el principio de interés superior del niño se logra entender como una prerrogativa a favor de los menores, de que frente a cualquier situación se tome en cuenta lo que es mejor para ellos, lo cual, implica pensar en su bienestar y desarrollo integral.

Por lo que, según López (2015) en su artículo indexado, titulado “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, señaló que el principio de interés superior del niño implica el bienestar del menor, cuya protección u interés, deberá prevalecer sobre cualquier decisión adoptada por parte de las autoridades públicas o entre privados, es decir en cualquier situación particular en la que se encuentre.

Asimismo, Mary Beloff (citado en Sánchez, 2016) manifestó en su artículo “El Principio del interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de la denominación” en cuanto a la CDN, la conceptualización del principio de interés superior del niño, se habría caracterizado como un cheque en blanco, pues ha permitido que quien tenga el poder, decida del interés del menor sobre determinada situación, ya sea desde el ámbito judicial y/o administración pública.

Por su lado, Hammarberg (2008) en su artículo “The principle of the best interests of the child – what it means and what it demands from adult”, señala en relación a la definición del principio de interés superior del niño, que esta no es explícita, incluso refiere que la aplicación primordial que establece el art. 3 de la CDN en cuanto al principio del interés superior del niño, resultado ser vago e impreciso. Además, ha señalado que el contenido de lo que es mejor para el menor, es subjetivo, pues para definirlo depende de distintos factores que varían en tiempo y espacio, la cultura, niveles de desarrollo y recursos en el entorno donde se desenvuelve el niño.

Es así que, Frigerio y Diker (2008), en su artículo titulado “Infancia y derechos: las raíces de la sostenibilidad”, indicaron que los conceptos o concepciones no son imparciales, pues involucran constantemente las teorías y prácticas del momento específico en los cuales se adopta, por ello, el principio garante obliga

a las autoridades competentes a asegurar la efectividad de los derechos del menor y de otorgarle la importancia debida, y que, al momento de emitir una decisión, esta no vulnere ni restrinja los derechos del niño.

Habiendo expuesto los párrafos precedentes, debemos tener en cuenta que, en nuestro país se ha incrementado progresivamente los sentenciados por el delito de omisión de prestación de alimentos. Sin embargo, resultaría pertinente preguntarnos ¿si a través de la penalización de dicha conducta se garantiza la alimentación de los niños, tomándose en consideración el principio de interés superior del niño?

Asimismo, debemos indicar que la repercusión que realiza el Estado mediante el *ius puniendi*, se centra en castigar a aquellos que cometan una conducta contraria a derecho, pese a ello, no se dan indicios de salvaguardar derechos del menor en relación a los alimentos, por el contrario, se agravaría más la situación del menor, pudiendo causar un mayor perjuicio, quedando el menor de edad expuesto en desamparo y abandono por parte de los obligados.

Siendo así que, como instrumental internacional, la CDN, considera al niño eje central de protección, identificándose los elementos jurídicos que implica el interés superior del niño, a fin de tener un instrumento que respalde su defensa en los procesos judiciales, tal como sucedió con el asunto “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, donde se expresó que este principio busca garantizar de forma integral todos los derechos del niño (Rivas, 2015).

Además, se debe tener en cuenta que el imponer la pena privativa de libertad al obligado no asegura el cumplimiento, sino solo castiga a quien incumpla con la obligación de alimentar, dejando en un estado de vulneración al menor, quien se quedara sin recibir los alimentos que le corresponden.

Así, dentro del marco jurídico que regula el Principio del Interés superior del menor, encontramos a:

La Declaración de los Derechos del Niño (1959): en dicho marco, para estudiar este principio y los derechos que a este se vinculan, debemos remontarnos al año 1924, donde se sancionó la Declaración de Ginebra referidos a los derechos del niño; unos años después, en el año 1948 la Organización de las Naciones

Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos; siendo que posteriormente en el año 1959 se suscitó la Declaración de los Derechos del Niño, sin precisarse las necesidades y obligaciones que debían tenerse en cuenta con el menor.

Así, la Declaración de los Derechos del Niño (1959) prevé como sentido de uno de sus principios rectores -segundo principio- la protección especial que se debe arrogar al menor, poniéndose a su alcance, mediante la legislación de leyes y otras medidas, servicios y oportunidades necesarios para su desarrollo físico, psicológico, social, moral y espiritual, a favor también de su libertad y dignidad, todo ello con atención fundamental al interés superior del niño.

Por lo que, se puede apreciar de lo citado, la consideración especial del interés superior del niño, señalando que las diversas medidas que se adopten en relación al niño deben de garantizar su desarrollo integro, en todos sus ejes, permitiendo su pleno crecimiento como persona.

Por otro lado, la CDN (1989), nace por una carencia normativa de los Estados que formaron parte de la Declaración de los Derechos del Niño, a fin de que se obligue el cumplimiento de los diversos derechos señalados en favor de los menores, reconociéndose iguales derechos frente a los adultos, precisándose la necesidad de un tratamiento especial que deben de tener los menores (Aguilar, 2008).

Además, se señaló que uno de los instrumentos con gran cantidad de ratificaciones ha sido la Convención de Derechos del Niño, a excepción de Estados Unidos y Somalia, son diversos los países que la convalidaron, demostrando observación y afirmación uniforme de los Derechos Humanos de los Niños, apartándose de la idea de concebir al menor como objeto de protección, para estimarlo como sujeto de derecho (Aguilar, 2008).

Así, la citada Convención, prevé en su artículo tercero el principio de interés superior del niño, bajo la siguiente idea central:

En su inciso primero, establece que todas las políticas públicas referida a los niños, que adopten los organismos del Estado o del sector privado, deberá tener presente el principio del interés superior del niño.

En su inciso segundo, regula el compromiso por parte de los Estados ratificantes del Convenio, de tutelar los derechos del niño de manera eficaz, tomándose en consideración los derechos u obligaciones de sus apoderados y legales, adoptando las normativas adecuadas para ello.

Por último, en su inciso tercero, sostiene que los Estados ratificantes se aseverarán de que todos los entes que brinden servicios relacionados o afines al cuidado de los niños, cumplan estrictamente la normativa establecida para evitar algunas circunstancias de menoscabo de sus derechos, con mayor énfasis sobre los derechos a la salud y seguridad (CDN, 1989).

Por lo que, podemos apreciar que el artículo encomienda a los diversos Estados que forman parte de este tratado, que modifiquen sus regulaciones teniendo presente el principio del interés superior del menor, asimismo obliga a adoptar diversos acuerdos señalados en este instrumento internacional, buscando el bienestar integral del menor.

Por su lado, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, desarrolló las Observaciones Generales, documentos que tienen como fin optimizar la aplicación del contenido de la Convención de los Derechos del Niño, logrando a lo largo de los años, contrarrestar situaciones negativas en las que se puedan encontrar los menores.

De esta manera, en el año 2013 el Comité de los Derechos del Niño elaboró el instrumento de Observación N.º 14, explicando todo lo concerniente al interés superior del niño, señalando que las medidas que sean adoptadas en relación al menor, sea en el ámbito público y/o privado no deben causar perjuicio alguno a los derechos del niño.

Así, la referida Observación General No. 14 (2013), previó en su contenido que el propósito de conceptualizar el interés superior del niño ha sido respaldar los derechos convergentes al desarrollo íntegro del menor, prerrogativas que ha sido reconocido por instrumentos internacionales. Señalando que el referido Comité de las Naciones Unidas resalta el deber de respetar los derechos del menor

sobre cualquier concepto subjetivo. Además, de precisar la igualdad de jerarquía de todos los derechos del niño, reconocidos en la Convención, siendo que todas se encaminan al interés superior del niño.

Se advierte de lo anterior, que aquellas instituciones que tengan en sus manos la facultad de decidir sobre las situaciones de los menores, deben de velar por el respeto del derecho de los niños, pues si este colisionara con los derechos de un adulto, pues debería darse mayor atención a los derechos de los niños.

Por otra instancia, resulta preciso citar el marco jurídico nacional concerniente al tema del presente proyecto, desde la perspectiva de nuestra norma suprema:

La Constitución Política del Perú (1993): respalda el derecho fundamental al desarrollo íntegro del menor, conforme a lo previsto en su segundo artículo, inciso primero, sobre derechos fundamentales que se arroga a toda persona, la integridad física, moral, y psíquica; además, el mismo cuerpo legal, en su artículo 4º, primer párrafo, reconoce explícitamente al niño como sujeto especial de protección, al prever que la comunidad y el Estado le debe especial protección.

Lográndose evidenciar la obligación legal de proteger al desarrollo del menor, lo mismo que se convierte en una prerrogativa contenida en el principio del interés superior de niño, amparada constitucionalmente, a fin de que puedan ser ejercidos de manera íntegra.

Por otro lado, a nivel nacional, encontramos el Código de los Niños y Adolescentes (2000) que prevé en su Título Preliminar, artículo noveno, la figura del interés superior del niño, el mismo que tiene como idea central que toda decisión adoptada por los poderes del Estado, y demás entes de la Administración Pública, así como la sociedad en general, deberá de tener en cuenta el respeto al Principio del Interés Superior del menor.

Aunado a ello, la CDN (artículo 3º), establece que, tanto a las instituciones públicas como privadas, adopten decisiones acordes a los derechos de los menores. De igual modo, Rivera (2018) indica que el Estado se regirá y protegerá plenamente, en respeto al principio del interés superior del niño, a fin de alcanzar el bienestar del menor.

Además, de lo descrito, encontramos algunas sentencias judiciales relevantes del primer reporte de jurisprudencia realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en el que se ubica algunas sentencias judiciales relevantes que detallan los motivos y fundamentos en atención al interés superior del niño. Estas son las Consultas:

Lambayeque N.º 7466-2016: la misma que prevé que el principio de interés superior del niño podría verse vulnerado si no existiese certeza cuando se trate de extinguir el vínculo paterno-filial, pues la falta de convicción de la verdadera identidad biológica del padre, podría dejar en desamparo al menor, de los deberes de tutela asignados a los padres.

La Libertad N.º 16543-2016: refiere que, en relación al régimen de visitas, es objetivo del Estado asegurar que quien lo solicite cumpla con otorgar y acreditar el cumplimiento de los alimentos que le corresponden al menor, pues caso contrario se le denegaría acceder a ver a su hijo, toda vez que los alimentos forman parte de un derecho esencial para la subsistencia del menor.

Se puede evidenciar, la preocupación que tiene el Estado con respecto a las situaciones de vulnerabilidad de los menores, y en especial, cuando de alimentos se trate, sin embargo, debemos de comprender que la sola exigencia parece no estar funcionando, y es que el compromiso que cada padre debería tener con cada hijo debería de ser un acto natural, y no de una imposición ligada a la sanción privativa de la libertad.

Asimismo, cabe señalar que el interés superior del niño tiene ciertas características peculiares, que deben considerarse de importante análisis. Entre estas tenemos las siguientes:

Como principio de interpretación: Quispe (2017) señaló que dicho principio tiene la característica de servir como marco interpretativo, toda vez que debe ser empleado en todos los casos donde intervenga los derechos del niño, a fin de constituir una garantía del respeto de sus derechos.

Podemos inferir que ante cualquier caso y siempre y cuando un menor se encuentre de por medio, se debe de tomar en consideración que la decisión adoptada debe de proteger todos los derechos del menor.

El Principio como obligación a los Estados: Zermatten (2003) señala el deber estatal de tener presente el Interés Superior del Niño en la adopción de sus políticas públicas convergentes a los derechos del menor.

De esta manera, el Perú debe de regular y adoptar el interés superior del niño como la base para cualquier normativa que desee adoptarse dentro del territorio, y lo mismo ocurre en los diversos estados que ratificaron su compromiso de tutela del menor.

El Tribunal Constitucional (2015) señala en el fundamento 16 del Expediente N.º 01665-2014-PHC/TC, de fecha veinticinco de agosto de dos mil quince, establece que tanto una institución pública (esto es, el Poder Legislativo u otros órganos de la Administración Pública) o privada, deben de adoptar la decisión más adecuada para el principio del interés superior del niño. Debiéndose cumplir un rol garantista frente a los derechos del menor, de quien debe perseguirse su desarrollo integral.

Se caracteriza también por lo señalado en el artículo 3º de la CDN, de no establecerse como un derecho subjetivo sino es un principio sujeto a una interpretación al momento de aplicar en un caso en concreto.

No obstante, habiendo descrito los conceptos y características del principio del interés superior del niño, otros autores sostienen que el referido principio contiene un concepto jurídico indeterminado, pues autores como Zermatten (2003) manifiestan que dicho principio debe ser conceptualizado por la práctica; siendo que la jurisprudencia aportaría solución para conflictos donde se encuentre en discusión el interés superior del niño.

Asimismo, Zermatten (2003), refiere que al principio del interés superior del niño se le atribuye un juicio subjetivo con doble sentido, primero un juicio subjetivo colectivo y, segundo, un juicio subjetivo personal; respecto al primero, es un juicio que le atribuye la sociedad, en un tiempo concreto, ejemplificándolo en el

tipo de educación que se le impartía, la elección y costumbres adoptadas, sea por prácticas religiosas, que ahora puede ser reprochada en mérito al interés superior del menor. En cuanto al juicio subjetivo personal, manifestó que el criterio del interés superior del menor se expresa en tres niveles, la primera, en una esfera de los progenitores, esto es, la actuación de los padres en mérito al interés de sus hijos; segunda, la esfera propia del niño, ello se configura al tener presente el deseo del niño; la tercera, el criterio subjetivo adoptado por el juez frente a un determinado caso, el mismo será decisivo frente a casos judiciales que se presenten. Por lo que concluye en que el interés del menor como instituto jurídico no se encuentra definida con precisión, el mismo que resulta variable de acuerdo al tiempo y espacio en el que se encuentre. Adecua

Por lo tanto, para la aplicación del interés superior del menor, resulta menester tener en consideración que el principio reviste ciertas características que garantizan que la decisión adoptada sea la más adecuada para el niño.

En síntesis, todo ello se resume en que el principio del Interés superior del menor, es un mandato de optimización para sus derechos, cuyo fin se podría reflejar en lo dispuesto por el art. IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescente (2000) que ordena que toda política pública de los distintos niveles de gobierno, así como la sociedad en general, debe tener presente este principio para lograr el respeto de los derechos del menor.

Respecto a sus funciones:

Según Zermatten (2003) señala que la figura del interés del menor, cumple dos funciones, por un lado, de control y por otro una función de búsqueda de solución, así, desde su primer criterio, manifiesta que dicho principio tiene como función velar por el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los menores, siendo que dicho rol es cumplido desde su infancia. Desde un criterio de solución, porque conduce a adoptar decisiones óptimas hacia los niños.

Por lo cual, también está referida a que sirve como un parámetro que permite cerciorarnos si los derechos del menor son efectivamente respetados.

Por su lado, Quispe, (2017) refiere que el interés superior del menor, busca tutelar la debida puesta en práctica de los derechos y obligaciones de los menores, el mismo que debe abarcar una tutela efectiva desde su infancia.

Quiere decir, que funciona como criterio de solución en el sentido de que en base a este principio es lo que van tomando las decisiones los jueces o cualquier otra autoridad que se pronuncie sobre cuestiones donde estén inmersos los niños y que puedan llegar a ser afectados por esa decisión por lo cual, deben ser adoptadas de acuerdo a lo que es mejor para el menor.

Sin embargo, según Cillero (1998) perseguiría otros fines, el primero de interpretación óptima para los derechos del menor; segundo, priorizar en las políticas públicas los derechos del menor; tercero, si los intereses del menor colisionan con otros, se dará prioridad a estos; cuarto, que la esfera privada los padres, así como el poder estatal protejan la autonomía del menor para el debido ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, tenemos la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017), el cual describe una serie de elementos a tomarse en cuenta, por cada profesional, al adoptar alguna decisión relativa a los derechos del menor frente a cualquier situación. Por lo que, prevé los siguientes elementos:

Primero, la edad y madurez del niño, respecto a este elemento, señala que las decisiones que se adopten sobre los menores no son estáticas, pues debe atenderse según el propio desarrollo del menor por el transcurso del tiempo, el mismo que conlleva a otras necesidades que deben ser atendidas. De ese modo, expresa la necesidad de planificar decisiones a corto plazo y largo plazo.

Segundo, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017) planteó como elemento la situación de vulnerabilidad y necesidad del menor, particularizando el estado concreto en el que se encuentre un menor, esto es, que no todo menor que se encuentre ante una posible lesión tendrá la misma necesidad de solución del conflicto. No obstante, no debe olvidarse la especial posición de vulnerabilidad que ostenta el menor per se, pues como señala Cillero (1998) un carácter especial que tienen los niños, como sujeto de

derecho de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, es la imposibilidad de ejercitar sus facultades autónomamente.

Tercero, respecto al elemento de la irreversibilidad de efectos por el transcurso del tiempo, la citada Guía en el párrafo precedente, señaló que la percepción del tiempo respecto del menor y los adultos, difiere, por lo que, emitir una decisión de un caso en concreto, por un tiempo lato, puede traer efectos negativos para el menor, siendo idóneo culminarlo en un breve plazo.

Cuarto, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017) también planteó como elemento a las soluciones que puedan plantearse a favor del desarrollo del menor, junto a la disminución de riesgos que puedan afectar su personalidad, esto implicaría a aquellos que tengan la potestad para emitir alguna decisión frente a los intereses del menor, a fin de que la decisión adoptada no sea permanente o enraizado, por el contrario, sea adaptable al cambio de las necesidades del menor, desde el estado en el que se encuentra al momento de emitirse la decisión, así como a futuro, durante el desarrollo de su personalidad.

Quinto, la referida Guía, prevé como quinto elemento, el tránsito hacia la adultez del niño, concentrándose desde la preparación de la adolescencia del menor, siendo que dicha etapa se encuentra abierta a diversas transformaciones o cambios tanto como biológicos, sociales y cognoscitivo; etapa en la cual idealiza o prepara su proyecto de vida, el tránsito hacia la adultez, ello implica el proceso para el ejercicio de sus derechos; por lo cual es un deber por parte de los obligados por ley a orientarlos y direccionarlos para que ejerzan libremente sus derechos.

Sexto, se planteó como sexto elemento la opinión del menor, a tenerse en consideración, desde los medios de expresión, las fuentes receptoras de información, a fin de concretizar en ellos un juicio propio, siendo así un elemento muy importante, pues el menor podría expresar la situación en el que se halle.

Como sétimo elemento, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017) estableció, la identidad del menor, atendiendo a la

diversidad de factores que determinan su identidad, esto es, factores biológicos, religiosos o culturales, pues precisamente ello hace que lo identifiquen del resto, sin embargo, no podemos decir que todos los menores son iguales, sin embargo, las necesidades básicas propiamente dichas, de estos menores, son comunes en ciertos aspectos.

Octavo, la referida Guía, determinó como octavo elemento, la relación y preservación de la familia y las relaciones personales, partiendo de que la familia es el núcleo de la sociedad, toda vez que es el punto de partida y protección para el inicio de la formación de todo individuo; de este modo, el menor al encontrarse fuera de un núcleo familiar, por ejemplo, al estar separados de sus padres, podrían ser susceptibles de sufrir amenazas a su desarrollo íntegro, como maltratos físicos, psicológicos, explotación laboral, Por ello, resulta idóneo preservar en la medida de lo posible las relaciones interpersonales del entorno familiar.

Noveno elemento, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017), estableció la importancia del cuidado, protección y seguridad del menor encaminados a optimizar el bienestar y desarrollo del menor, desde sus necesidades básicas materialistas, como necesidades emocionales.

Décimo, uno de los elementos más importantes a tenerse en consideración, ha sido el derecho a la Salud del menor, especialmente si encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como embarazo precoz, menores huérfanos, o que se trate de posibles víctimas de algún tipo de violencia sexual.

Como décimo primer elemento, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017), estableció que debía tenerse a consideración el derecho del menor a la educación gratuita y de calidad, desde su infancia, y posterior desarrollo, a fin de que el menor pueda desarrollar sus capacidades académicas desde temprana edad, orientándose dicho elemento al desarrollo integral de los menores. Indicando finalmente, que todos los elementos expuestos, no constituye un número clausus de lista limitada o cerrada, por el contrario, cualquier situación particular en la que se pueda afectar los derechos del menor, deberá tenerse en cuenta para la adopción de una decisión en respeto del interés superior del menor.

En cuanto a las técnicas para determinar el interés superior del niño:

López (2015) plantea que, a fin de determinar el interés superior del menor, el responsable de adoptar una decisión judicial o administrativa respecto a un caso en concreto, deberá de apoyarse de profesionales o especialistas de distintas ramas para establecer lo más favorable al menor, tales como: Para el ámbito del desarrollo psicológico del menor: a psicoterapeutas, con el propósito de estudiar el comportamiento del menor, las emociones de éste, su carácter cognitivo, y social, para adoptar la medida más favorable al proceso de desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, López (2015) estableció que, a fin de determinar lo que implica el interés superior del menor frente a un caso particular, resulta necesario contar con especialistas de perspectiva social, por ejemplo, trabajadores sociales, que puedan analizar posibles escenarios de riesgos o posibles vulneraciones hacia el menor, detectando las áreas saludables para éste, social, económicamente y físicamente. Así también, considera menester contar con especialistas en la pedagogía, profesionales que guardan estrecho vínculo con los antes citados, pues tienen como propósito inducir y recomendar una mejor formación para el menor.

Siendo ello así, a fin de determinar el concepto de interés superior del menor frente a un caso en concreto, resulta menester contar con un equipo multidisciplinario, conformado por los profesionales antes señalados, como un psicólogo, trabajador social y un pedagogo, quienes podrán velar por el desarrollo íntegro del menor en todas sus facetas (López, 2015).

Por otro lado, resulta menester exponer lo concerniente al Derecho a los alimentos desde un marco jurídico internacional.

Siendo uno de ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma que fue suscrita en San José de Costa Rica, durante el mes de noviembre de 1969, suscrita por nuestro Estado el siete de diciembre de 1978, marco normativo internacional que establece en su artículo 19, la necesidad de protección del menor por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Por lo cual, tenemos que los niños tienen la protección internacional el cual, establece básicamente que el menor tiene el derecho a gozar de una familia dentro de una sociedad y el Estado quien debe establecer las medidas aplicables frente a la desprotección y sobre todo prevenir que el menor llegue a estar desprotegido.

Por otro lado, tenemos como otra herramienta internacional, la CDN, la misma que se llevó a cabo el veinte de noviembre de 1989, siendo que en su primer artículo prevé que se entenderá por niño a todo menor de 18 años de edad, salvo que el país ratificante tenga previsto en su legislación una edad distinta para alcanzar la mayoría de edad.

En cuanto a la regulación del deber de pago de las pensiones alimenticias hacia el menor, la CDN (1989), reguló en su artículo 27, cuarto inciso, el deber del Estado de adoptar políticas públicas conducentes a asegurar el pago de las pensiones alimenticias de parte de los obligados por ley, frente al menor, independientemente de que éste resida en el extranjero, por lo cual, los Estados partes deberán promover las políticas pertinentes para satisfacer tales situaciones.

Así, podemos constatar que los países a nivel internacional se han preocupado por proteger a los niños y adolescentes quienes, tienen una condición de vulnerabilidad, estableciendo un acuerdo que comprometa a los países partes a desplegar acciones conjuntas orientadas a proteger al menor.

Por lo tanto, la referida Convención regula que los Estados que la hayan ratificado deben asegurar que los progenitores y las personas obligadas a prestarle alimentos al menor cumplan, más aún si el obligado se encuentra en el extranjero.

Desde una regulación jurídica nacional

Tenemos a la Constitución Política del Perú (1993) la misma que prevé en su artículo sexto, la obligación del Estado de fomentar la promoción y difusión del

deber paternal y maternal responsable, entre los cuales implica la obligación de alimentar, educar y brindar seguridad a los hijos.

Es decir, el Estado tiene como una de sus finalidades, la promoción de políticas públicas destinadas a fortalecer una familia responsable, teniendo presente que esta institución tiene una naturaleza social, para lo cual, busca que los padres asuman con responsabilidad sus deberes; lo cual implica el hecho de alimentar, educar, brindar una vivienda, vestimenta y en general todo aquello que le permita tener una calidad de vida al menor para lograr su desarrollo integral.

En ese sentido, esta regulación es la base para que el estado pueda establecer las prescripciones sobre las sanciones a imponer cuando uno de los padres no cumpla con su deber dado, que se considera que se está colocando en posición de peligro al menor quien aún no tiene la capacidad para solventarse por sí mismo.

Por otro lado, desde una regulación jurídica nacional, tenemos al Derecho Penal, que como materia proveniente de la ciencia social, esto es, del estudio de las relaciones sociales del hombre, el Derecho Penal, contiene el conjunto de normas o preceptos normativos que regulan la conducta humana, previendo diversos tipos de sanciones (limitativas, restrictivas o privativas de derechos) para quienes quebranten o vulneren los bienes jurídicos relevantes para el ser humano, siendo ejercido dicha potestad sancionadora por los magistrados del Poder Judicial, concretizándose de ese modo el poder punitivo que tiene el Estado (*ius puniendi*), reprimiendo a quienes pongan en peligro o lesionen los bienes jurídicos relevantes socialmente (en mérito al principio de mínima intervención y *última ratio*), para poder garantizar la convivencia social cuando otros medios de control social fracasan.

Así, las relaciones familiares están protegidas constitucionalmente y el Estado debe limitarse en su actuación, no obstante, como señalamos, surge la obligación de la intervención estatal, para tutelar mediante la coerción de la sanción penal, los derechos a los alimentos para quienes incumplan el deber de satisfacerlos.

En ese sentido, en los antecedentes de nuestro país los delitos contra la familia inicialmente, estuvo regulado por la Ley N.º 13906, el mismo que estuvo vigente a partir del veinticuatro de enero de 1984, con la denominación “abandono de familia”, lo misma que no se encuentra en vigencia.

En ese mismo orden de ideas, el Código Penal (1991) vigente regula en el artículo 149 el ilícito de omisión de prestación de alimentos, precisando que:

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. [...]

Así, la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos, tiene como naturaleza o fin la protección de los derechos a los alimentos de los integrantes del grupo familiar vulnerables, como los menores de edad, conteniendo como la otra cara de la moneda al deber de asistencia familiar, siendo así que por alimentos se entenderá la satisfacción del derecho a la educación, vestido, habitación, salud, sustento y recreación, de acuerdo a las posibilidades de la familia.

En ese sentido, Salinas (2013) sostiene que el delito de omisión a la prestación de alimentos se materializa cuando el sujeto activo del delito, mediante el dolo decide omitir su deber de prestar alimentos, el mismo que estará establecido de manera previa en decisión judicial.

Así, para la configuración de este delito se requiere que previamente se haya seguido un proceso judicial a nivel civil, siendo que luego el deudor no cancele las pensiones devengadas que se le ordenó pagar, iniciándose la acción penal por la comisión dolosa de la omisión a la asistencia familiar.

Por otro extremo, existe controversia sobre su tipificación, algunos estudiosos del derecho hacen una crítica a la tipificación de este delito ya que, las consecuencias que se deriva cuando se le priva la libertad a un padre de familia son sumamente delicados, pues tenemos como principales afectados a los niños quienes aparte de perder la posibilidad de que pueda mejorar sus lazos familiares tienen que crecer con la ausencia de la figura paterna.

Así, Bramont y García (2013) sostienen que la tipificación del referido ilícito penal contraviene el principio subsidiario de último recurso o mecanismo final a emplear para la solución de conflictos jurídicos, característica propia del Derecho Penal, razón que ha ameritado que cuestionen su constitucionalidad.

En ese sentido, también Peña (2015) manifiesta que la aplicación del ilícito penal de omisión de prestación de alimentos resulta cuestionable, cuando culminado el proceso se decide sancionar con pena privativa de libertad al sujeto activo del incumplimiento, pues ello conlleva no solo a coartar su libertad, sino también a perder la actividad laboral que venía ejerciendo, en consecuencia, agravaría la situación del menor.

Así, al abordar este tema sobre la intervención el derecho penal como última instancia, se vuelve en desuso pues tal como sostiene Noguera (2018) que el principio de ultima ratio es “[...] el último recurso que debe utilizar el Estado, vale decir, cuando han fracasado los demás tipos de controles sociales ya sea formales o informales (p. 205)”

Lo cual, si es razonable porque, la solución a este problema social de deudores alimentarios no es la penalización lo cual, ha quedado demostrado ya con la experiencia que venimos viviendo, por ejemplo, para el delito de feminicidio se han establecido penas altas, pero con ello, no ha dejado de cometerse dicho delito, lo mismo, pasa aquí que muchas veces el legislador solo piensa en lo más fácil tal vez populista y plantean penas y penas al final el problema de fondo sigue sin resolver. Por lo cual, es lógico las críticas que se le hace a la tipificación de este delito.

Pues, la excesiva intervención del derecho penal en este caso no contribuye a la unidad de la familia sino, más bien contribuye a que las recias crezcan y ni que decir la relación de los padres se vuelve aún más complicada.

En cuanto al concepto de alimentos desde una perspectiva de asistencia familiar, se tiene que debemos entender por alimentos todo aquello que es indispensable para que la persona puede vivir, en ese sentido, así el artículo 472 del Código Civil (1984), prevé que la definición de alimentos comprende aquello necesario para sustentarse, educar, vestir, habitar, para ser asistido hospitalariamente,

aquello necesario para capacitarse, recrearse y recibir atención psicológica. Así también, los gastos necesarios desde la concepción del menor.

En ese mismo sentido, el Código del Niño y Adolescente, en su artículo 92, considera por alimentos aquello esencial para sustentarse, vestirse, recibir educación, recibir asistencia médica, y recrearse. Pudiendo evidenciarse que la asistencia alimentaria cumple un rol muy importante el cual no solo es de sobrevivencia del menor o el alimentista sino también cumplir en asistir el desarrollo integro, haciendo prevalecer el derecho que se arroga a cada individuo por su condición de persona humana, en virtud de la misma Constitución peruana que prevé en el artículo primero y segundo, el Derecho a dignidad como fin supremo del Estado.

Por su lado, Rojina (1979) señaló que se puede definir el derecho de alimentos como la facultad legal del alimentista para exigir al o los obligados por ley (con quien guarda algún vínculo consanguíneo o legal), lo necesario para subsistir.

Entendiéndose por alimentos al derecho de los ascendientes, descendientes, cónyuges, y hermanos, a fin de que no queden desamparados frente a situaciones de vulnerabilidad. Así puedan recibir el apoyo económico para solventar los gastos diarios de acuerdo a las posibilidades de sus progenitores. Lo cual, implica pues, el pago del colegio, vestimenta, habitación, recreación, transporte, etc. Pues, comprende una serie de aspectos que son esenciales para que la persona pueda subsistir.

Entonces podemos evidenciar que la obligación alimentaria tiene muchas normas y principios que lo tutelan a fin de que este derecho inherente no se vea afectado en el sentido que pueda verse vulnerado ante un incumplimiento del obligado y así cause algún tipo de deterioro al desprotegido. y ante esta figura la obligación se ve transmitida a los familiares bajo el precepto de la solidaridad familiar el cual se puede hacer efecto en función al amparo que ellos tienen a proteger al alimentista en todos los ámbitos y pueda tener un desarrollo a plenitud.

En cuanto a las características del Derecho a los Alimentos:

Según la naturaleza y característica de la obligación exigible de alimentos, su carácter personalísimo no permite que este derecho pueda ser delegado a otra persona o se pueda negociarse, ya que se estaría afectando directamente al beneficiado. El Código Civil (1984) en el artículo 487° establece que “el derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable”.

Según Chavarría (2004) el Derecho a los Alimentos tiene el carácter de Intrasmisible, puesto que es personalísimo entonces el obligado asume la responsabilidad hasta que la ley indique bajo sentencia lo contrario o muera el alimentista. Ahora este derecho no puede ser transmitido bajo ningún tipo de modalidad a un tercero pretendiendo heredar o vender, etc.

Respecto a la característica de Irrenunciable, el fin principal de esta característica es la sobrevivencia de la persona, entonces hacer efecto de la sumministrazione de esta obligación es en cualquier momento ya que tanto el derecho como la acción para solicitarlo no caducan, es decir en el caso del menor de edad hasta que cumpla la mayoría de edad o si continua estudios superiores se extiende la obligación, lo cual es muy distinto en los supuestos de las personas discapacitadas, mental o física y ascendientes (padres), extinguiéndose hasta que el alimentista fallezca (Chavarría, 2004).

En cuanto a la característica de Intransigible, no se permite negociar la obligación para no satisfacer los derechos alimenticios, permitiéndose únicamente la conciliación, siempre y cuando haya un consenso entre los obligados que busquen el beneficio del alimentista, en armonía a sus posibilidades económicas (Chavarría, 2004).

Característica de Incompensable: Por la imposibilidad de transar derechos fundamentales conexos a la vida, tal y como es el derecho de alimentos, siendo que los obligados por ley no pueden sustituir la satisfacción de dicho derecho por otras obligaciones, como bien podría ser una deuda entre los obligados; no debiendo confundirse con el cambio de la forma de pago, que tal y como lo prevé nuestro CC, puede ser satisfecho por la entrega de especies (Chavarría, 2004).

Característica de Inembargable y de Prioridad Sobre otra Deuda: La pensión alimenticia no es de carácter embargable, ya que su finalidad es de alimentar y sustento personal del alimentado; no pudiendo ser afectado por las entidades financieras o proceso que pueda tener el alimentista. Así, en cuanto a la característica de Prioridad sobre otra Deuda, como su nombre mismo lo explica, prioridad sobre otra deuda, es decir si el obligado de pasar alimentos a autorizado a alguna entidad financiera el débito de una deuda que está pagando en cuotas, al momento del cobro la prioridad del descuento correspondiente al depósito de sus haberes es el de pensión alimentaria la cual tiene preferencia ante cualquier otra deuda (Chavarría, 2004).

En cuanto a la característica de Determinación del monto: el Código civil (1984) en su artículo 481° hace mención sobre qué criterio y determinación toma el juez para poder fijar la pensión y el monto a asignar al beneficiado, previendo que el magistrado es la persona facultada para regular los alimentos atendiendo a las necesidades del alimentista y del obligado por ley, debiendo analizar las características particulares del caso en concreto en ambos, no siendo vital investigar exhaustivamente el monto de los ingresos del obligado.

Nuestra norma es clara en explicar cuáles serían los elementos que tienen que cumplir y que toma en cuenta el juez para poder valorar y por consecuencia asignar el monto, ya que son límites que tiene Juez ante la potestad que tiene, ya que no puede hacerle afectación al obligado, a su subsistencia personal o familiar que este tenga.

Finalidad: La pensión de alimentos tiene una finalidad vital porque respalda el derecho a la vida, y derechos conexos a este, en ese sentido el obligado tiene el deber de asistencia y de auxilio tanto a sus descendientes como a sus ascendientes, entonces se puede determinar lo esencial que es el derecho de alimentación en cuanto al vínculo familiar que une al pensionista con el obligado.

En cuanto al delito de omisión de prestación de alimentos:

El delito en cuestión ha sido clasificada dentro de los delitos contra la familia, delitos de omisión, pues el agente pese a conocer su obligación simplemente

omite, tal como manifiesta Mir (2011) que “En ellos se describe solo el no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado [...] (pues) los delitos de omisión en que se ordena evitar un determinado resultado son delitos de omisión impropia [...]”, así podemos ver que este delito es un claro representativo de los delitos de omisión propia ya que, se caracteriza por que el agente omitió cumplir un mandato judicial.

Como delito continuado, Gálvez y Rojas (2011) señalan que se trata de un delito permanente, toda vez que se trata de una conducta omisiva de prestar alimentos extendida en el tiempo, obligación que se encuentra positivizada en una resolución judicial, la misma que tiene rol importante, pues regula los plazos de prescripción, el vencimiento del ejercicio de la acción, tal y como lo regula el art. 82º, inciso cuarto del Código Penal, el mismo que prescribe que en casos de delitos permanentes, la prescripción comenzará a contabilizarse del día en el que cesó la permanencia.

Siendo que, este delito es permanente porque, en tanto el agente obligado siga con no efectuar el pago de los alimentos, los efectos del ilícito se seguirán produciendo sobre el alimentista. Así, es el sujeto activo quien tiene el dominio del hecho pues solo él puede poner fin a la permanencia del delito efectuando el desembolso de lo adeudado.

En cuanto al esquema del ilícito de omisión de prestación alimentaria, es preciso señalar los siguientes elementos:

Respeto a la Tipicidad: la prohibición de omitir prestar alimentos por parte de los obligados por ley, la sido tipificada como conducta ilícita en el artículo 149º de nuestro Código Penal, no obstante, no basta con la sola conducta omisiva, sino que el tipo penal exige que dicha omisiva o la determinación de alimentos devengados se encuentre determinada en una resolución judicial. Siendo entonces que, si el obligado no cumple con pagar el monto establecido por el juez, se dará lugar a que se inicie un proceso penal.

En cuanto al sujeto activo del delito, según Espinoza (2017) señala que en la Ejecutoria Suprema de fecha doce del año 1988, emitido en el expediente

número 7304-97, se estableció que la conducta ilícita del sujeto activo del delito, recaerá por el incumplimiento de prestar su obligación alimentaria, infringiendo sus deberes paternales o maternales de asistencia. Siendo que, pese a tener conocimiento de su deber legal, se le requiere mediante resolución judicial, persistiendo en su omisión, por lo que se encuentra sancionado penalmente.

Respecto al sujeto pasivo, los descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuges, al tener una obligación recíproca de alimentos, también son pasibles de constituirse como sujetos pasivos del ilícito de omisión de prestación alimentaria, pudiendo ser beneficiaria de una pensión por orden judicial.

En cuanto al bien jurídico tutelado, son los deberes asistenciales de la familia.

Asimismo, en cuanto a la antijuricidad, siendo una conducta contraria a Derecho, toda vez que se omiten obligaciones prescritas por ley. Aquí, el juzgador calificará si existe alguna causa de justificación, aunque por máximas de las experiencias, no es frecuente que concurra alguna de las causas de justificación prevista en el artículo 20º del cuerpo penal peruano.

Culpabilidad: sobre este elemento, el juzgador analizará si el agente tiene la capacidad de imputabilidad.

La pena: la ejecución de la pena privativa de libertad como sanción por la configuración de dicho ilícito, debe ser último instrumento a aplicarse, es decir, se debe preferir otras opciones como las penas limitativas de derecho o restrictivas frente a la aplicación de una pena que implique la privación de la libertad de una persona, pues, esto implica por ejemplo que, si el sujeto activo de la obligación es recluido en un penal por su deuda alimentaria no va poder cumplir con su obligación, y en consecuencia su situación de vulnerabilidad no mejoraría.

Así, tenemos que, en nuestro sistema penal, según el Código Penal (1991) en su artículo 29º previó que por el carácter del tiempo las sanciones penales de privación de la libertad, se divide en temporal o permanente, la primera que tendrá como intervalo mínimo de 2 días y una máxima de 35 años; y la permanente se expresa en las sentencias de cadena perpetua. Así, el delito de

omisión de prestación alimentaria, es sancionada con una pena no mayor de tres años, o prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas.

Siendo que, en Latinoamérica, nuestro CP, prevé la sanción de privación de la libertad más alta, toda vez que Chile y Argentina, regulan una sanción menor, así como países europeos de gran influencia en nuestro ordenamiento jurídico, tales como Francia y España, que prevén como sanción máxima de un año.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo y diseño de investigación**

La presente investigación, tiene un enfoque cualitativo, pues atiende a la determinación de categorías y/o conceptos relevantes sobre el estudio de un problema social, por lo que su tipo de investigación es de Tipo Básico, toda vez que el objeto de investigación son los conceptos referidos a las variables de la presente investigación, los mismos que serán objeto de interpretación a fin de reflexionar una posible solución a dicho problema, siendo esto último lo propio de un diseño interpretativo.

Pues, el diseño interpretativo, mediante la Teoría Fundamentada, tiene como finalidad recabar información, para el análisis de los puntos de vista de los participantes frente a las teorías descritas, a fin de extraer conclusiones para el presente trabajo.

En cuanto al enfoque cualitativo de la investigación Mac Donald & Headlam (2011) sostienen que:

Qualitative methods are generally associated with the evaluation of social dimensions. Qualitative methods provide results that are usually rich and detailed, offering ideas and concepts to inform your research. Qualitative methods can tell you how people feel and what they think, but cannot tell you how many of the target population feel or think that way as quantitative methods can (p. 35).

De esta manera, el autor refiere que el estudio cualitativo se enfoca en evaluaciones de las dimensiones sociales.

### 3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización

Tabla N.º 01: Categorías y subcategorías de la variable independiente

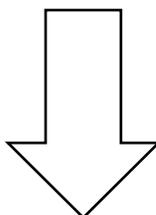


Tabla N.º 02: Categorías y subcategorías de la variable dependiente

VARIABLE DEPENDIENTE: "Delito de omisión de prestación de alimentos"			
CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS	TÉCNICA	INSTRUMENTO
Sanciones punitivas	Pena privativa de libertad	Entrevista	Guía de entrevista
	Pena limitativa de derecho		
Derecho a los alimentos	Habitación		
	Vestido		
	Educación		

VARIABLE INDEPENDIENTE: "Principio del Interés Superior del Niño"			
CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS	TÉCNICA	INSTRUMENTO
Desarrollo integral del menor	Físico	Entrevista	Guía de entrevista
	Psíquico		
	Social		
Obligados legales que velan su protección	Ascendientes del menor		
	Órganos jurisdiccionales		
Fuentes jurídicas de tutela	Declaración de los Derechos del Niño / Constitución Política del Perú / Código del Niño		

### **3.3. Escenario de estudio**

Puesto que el tema gira en torno al interés superior del niño en el delito de omisión de prestación de alimentos, el escenario para realizar el presente estudio es todo el territorio nacional, teniendo en cuenta que nuestro Estado ratificó la Convención de los Derechos del Niño, debemos analizar si nuestras normativas están acorde a los lineamientos que señalan en las diversas disposiciones internacional. Siendo que, respecto a las circunstancias en cual se desarrolló la investigación de tipo básica, fue con la ayuda de herramientas electrónicas.

### **3.4. Participantes**

Teniendo en cuenta que el carácter de nuestra investigación, es de enfoque cualitativo, con el análisis de información recabada, los participantes vienen a ser los actores sociales de dicho escenario, que se encuentran dotados de características particulares, siendo la razón por la cual se convierten en fuentes de información. Por lo que, en el presente trabajo, los participantes seleccionados ha sido un grupo de 10 personas, personas con conocimiento en procesos por alimentos en vía penal, a quienes se aplicó la guía de entrevista como instrumento de recolección de datos seleccionado para el presente trabajo.

### **3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

Se optó por la técnica de entrevista, al considerarlo un método de recolección de datos e información por medio de la interacción directa con otra persona, además que se considerara la experiencia de los participantes elegidos.

El instrumento del que se vale la técnica de entrevista es la guía de entrevista, pues de esta manera se podrá establecer las pautas, orden y sistematización de los temas que se deseen abordar en la entrevista, estableciendo u dialogo que permita al participante explyarse.



ANEXO N° 04  
Instrumento de recolección de datos:

**GUIÓN DE ENTREVISTA**

**DATOS PERSONALES:**

- Apellidos y nombres: \_\_\_\_\_
- Edad: \_\_\_\_\_
- Cargo: \_\_\_\_\_
- Fecha: \_\_\_\_\_

Tema: "Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de incumplimiento de obligación alimentaria, Perú - 2019"

1. Conformes a su experiencia, ¿Tiene conocimiento si los promotores sancionados con pena privativa de libertad por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria, cancelan las pensiones alimenticias devengadas?

\_\_\_\_\_

2. ¿Usted considera que con la penalización del delito de incumplimiento de obligación alimentaria se garantiza la alimentación del niño?

\_\_\_\_\_

3. ¿Usted considera si durante los procesos por el delito de incumplimiento de obligación alimentaria se toma en cuenta los fines que persigue el principio del interés superior del niño?

\_\_\_\_\_

### 3.6. Procedimientos

Cabe señalar que, debido al Estado de Emergencia Sanitario, decretado en nuestro país desde el mes de marzo del presente año, 2020, para llevar a cabo la presente investigación se ha priorizado el empleo de instrumentos tecnológicos, tanto para recabar antecedentes de investigación relacionada a la presente tesis, como para aplicar el método de recolección de datos de análisis, esto es, para aplicar las entrevistas, mediante el uso de correo electrónico, redes sociales, y grabadora, a fin de cumplir con el mandato legal de aislamiento social obligatorio.

### 3.7. Rigor científico

La presente tesis al encontrarse estructurada con un enfoque cualitativo, alcanza la rigurosidad científica en mérito a la validación por parte de especialistas de la materia, y la confiabilidad y análisis por la selección de teorías idóneas que permitirán brindar una propuesta ante el problema social planteado.

#### Validación de Entrevista:

El instrumento seleccionado para la recolección de datos de la presente investigación ha sido validado por especialistas en Derecho Penal, que a continuación se detalla en el siguiente cuadro:

**Tabla N.º 03: calificaciones para la validación de entrevista**

<b>Nº</b>	<b>Especialistas</b>	<b>Cargo</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Calificación</b>
1.-	Jessica Gomero Palomino	Fiscal Titular Provincial Penal de la FPPTCSA	93.5 %	Aceptable
2.-	Julio Rodríguez Chipao	Fiscal Adjunto Provincial Penal de la FPPSCSA	93.5 %	Aceptable
3.-	Rosa Job Prieto Chávez	Docente de la Universidad César Vallejo	85 %	Aceptable
Tot al	Promedio		Instrumento válido para su aplicación	

### **3.8. Método de análisis de información**

Para el análisis de la presente investigación se recopiló diversas fuentes bibliográficas, mediante el empleo de herramientas tecnológicas del internet, como repositorios virtuales de investigación de diversas universidades, tanto nacionales como internacionales, artículos electrónicos, normativa internacional publicada en las páginas oficiales de los organismos competentes; no obstante, en la medida de lo posible se recabó materiales físicos de libros que ostenta el autor de la presente investigación.

### **3.9. Aspectos éticos**

La presente tesis, ha sido desarrollado con claro respeto a las creencias políticas, religiosas, morales y los derechos de propiedad intelectual, aplicando para este último los estándares y directrices de las normas APA (American Psychological Association, 2019) para citas y referencias de autores externos al presente.

#### IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En cuanto al Objetivo General: **Demostrar que los fines que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos colisiona con el principio del interés superior del niño.**

Tras la aplicación del instrumento de recolección de datos, entrevista, se obtuvo los siguientes resultados, en cuantos a las preguntas ¿Tiene conocimiento si los progenitores sancionados con pena privativa de libertad por el delito de omisión de prestación de alimentos, cancelan las pensiones alimenticias devengadas? Por lo que, Reyes (2020) indicó que, los sentenciados por omisión a la prestación de alimentos al estar con condena efectiva o suspendida generalmente tienden a seguir eludiendo su responsabilidad paternal, uno de los motivos es que la liquidación de sus obligaciones se le hace más cuantiosa y difícil para su cumplimiento judicial; otro motivo es el revanchismo o venganza contra la madre, frases de “así como me denunciaste o enviaste a la cárcel, no te daré nada”. Siendo que, los reos por alimentos en el Perú es una población muy significativa, indicativo que a ellos poco o nada le importa purgar su condena o vivir al margen de la ley con tal de no cancelar o a otros se les hace difícil por la precaria economía, más aún, que frecuentemente los varones no solamente tienen dos o tres hijos sino dos a tres compromisos.

Asimismo, ante la interrogante: ¿Usted considera si durante los procesos por el delito de omisión de prestación de alimentos si tiene en consideración el principio del interés superior del niño? Izquierdo (2020) señaló que, no se tiene, porque este hecho debe hacerse valer en la vía civil donde se tiene mecanismos para garantizar el cumplimiento de una sentencia, en el proceso penal, el derecho penal propiamente persigue otros fines.

Ello coincidiría plenamente con lo expuesto en los antecedentes de la investigación, como la tesis planteada por Mojonero (2018) quien sustentó la tesis titulada “*El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y el Interés Superior del Niño en el Distrito Judicial de Ventanilla 2018*”, concluyendo que imponer una sanción de privación de la libertad, de modo efectivo, en razón a la tipificación

penal de la omisión a la prestación alimentaria, no garantizaría el pago de las pensiones devengadas, por lo que esta medida solo vulnera derechos fundamentales y genera un gran daño para el menor, ya el padre o la madre estando encarcelado no podrá generar ingresos para su menor hijo, pues en prisión también el imputado necesitara algunos ingresos para su sustento, poniéndose en riesgo de modo indirecto el interés superior del niño.

Asimismo, con la tesis de Moreno (2018) titulada “El delito de inasistencia alimentaria: un análisis teleológico de la pena”, quien concluyó que la figura penal en torno a la inasistencia alimentaria al imponer una pena privativa de la libertad, contraviene los preceptos constitucionales del bien jurídico de la familia, y de un Estado Social de Derecho en general debido a que debiese propender por la seguridad y reconstrucción de la familia y en cambio quiebra su núcleo y da como resultado mayores desigualdades y daños a todos aquellos que requieren asistencia alimentaria.

Por su lado, se tiene la investigación de Álvarez (2017) en su tesis titulada “Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño”, quien concluyó que el Interés Superior del Niño busca establecer una mejor condición de vida para los menores, y de esta manera, lograr proteger sus derechos primordiales.

Y la tesis planteada por Quispe (2017) en su trabajo titulado “El interés superior del niño frente al incumplimiento de la obligación alimentaria”, quien concluyó que en los procesos judiciales donde se debate la existencia de algún perjuicio a los derechos del niño, los tribunales deben otorgar un trato prioritario, toda vez que un menor se encuentra revestido de caracteres singulares y particulares frente a otros, por lo que más allá de todo, debe velarse por el respeto de sus derechos fundamentales en el transcurso del proceso; pues, eso exige la aplicación del principio del Interés superior del menor, en la actividad estatal.

Siendo ello así, se tiene que el proceso penal por omisión de prestación alimentaria colisionaria con el principio de interés superior del menor, más aún si se tiene en cuenta los trabajos académicos como el elaborado por Rivera (2018) quien indicó que el Estado protegerá plenamente, el respeto al principio

del interés superior del niño, con el fin de promover el bienestar para la vida de estos. Así pues, se tiene que la CDN (artículo 3º), estableció que, tanto las instituciones públicas como privadas, deberán adoptar decisiones acordes a los derechos de los menores.

Por su lado, si se tiene en cuenta que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, durante el año 2013, elaboró el instrumento de Observación N.º 14, a fin explicar todo lo concerniente al interés superior del niño, indicando así, que las decisiones y medidas que adopten las entidades públicas y privadas, en relación al menor, no deben afectar los derechos de los menores.

Así también, si se tiene presente que López (2015) señaló que el principio de interés superior del niño implica el bienestar del menor, cuya protección u interés, deberá prevalecer sobre cualquier decisión adoptada por parte de las autoridades públicas o entre privados, es decir en cualquier situación particular en la que se encuentre. Por lo que, tipificar como delito la conducta de omisión de la prestación de alimentos, contraviene el principio subsidiario de último recurso o mecanismo final a emplear para la solución de conflictos jurídicos, característica propia del Derecho Penal, razón que ha ameritado que cuestionen su constitucionalidad (Bramont y García (2013).

Por tanto, siendo ello así, debería tenerse presente, el artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que prevé “La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. [...]”, y que en ese mismo sentido el art. 4º de nuestra Constitución Política del Perú, expresa explícitamente que la comunidad y el Estado debe proteger especialmente al niño; así como el reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad.

Siendo que, los fines que persigue el Principio del Interés Superior del Niño colisiona frente a la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos, toda vez que al sancionar al obligado con pena privativa de libertad, no solo lo distancia de la propia actividad laboral que ejercía para su subsistencia, sino que agrava la situación de vulnerabilidad del menor, en consecuencia dicho tipo penal no garantizaría la satisfacción de la prestación alimentaria, generando

daños al desarrollo integral del menor, para su pleno desenvolvimiento en todas sus esferas sociales, física, psicológica y moral. .

En cuanto a los Objetivos Específicos

**Identificar la finalidad que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos. (a fin de contrastar la colisión con los fines que persigue el principio del interés superior del niño).**

Con el propósito de alcanzar el objetivo específico formulado, se obtuvo los siguientes resultados frente a las siguientes preguntas: ¿Usted considera que con la penalización del delito de omisión de prestación de alimentos se garantiza la alimentación del niño? Ante lo cual, uno de nuestros entrevistados Reyes (2020) expresó que: No, la penalización de esta omisión alimentaria no ha sido eficaz. Debería existir otros tipos de sanción, a la par de lo sanción penal debe existir muerte civil y la fuente del sistema de registro de deudores DAM debe ser de carácter obligatorio, es decir, ninguna persona debe de estar en este registro de deudores, de estarlo no accederá a estudios, trabajo, gestiones en el banco, votar o se le estará prohibido realizar cualquier gestión pública o privada. Por su lado, Chore (2020) expresó que: El tipo penal de omisión de prestación de alimentos contradice el artículo 4° de nuestra Constitución, ya que el proceso es muy lato, y no se tiene en cuenta el interés superior del niño

Siendo que ello, iría en consonancia con los antecedentes de investigación, como el trabajo de Cabrera (2017) titulado “La medida de apremio personal por incumplimiento de obligaciones alimenticias: Poder Punitivo Latente. Análisis de jurisprudencia”, concluyó que casi el 85% de los alimentantes con pena privativa de libertad ganaban un salario mensual menor o igual al salario básico, denotándose la clase social baja de los deudores, de esta manera, se puede entender que el incumplimiento de su obligación se origina por no tener suficiente economía para realizarlo. Por lo cual, la regulación estaría criminalizando una situación económica y no la conducta a reprochar.

Así como el planteado por Pineda (2017) en su tesis titulada “*Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado*”

*Penal del Callao 2016*”, determinó que en el Tercer Juzgado Penal del Callao 2016, existe correspondencia relevante entre el ilícito de omisión de prestación de alimentos y la disfunción familiar.

Y es que debe tenerse presentes trabajos académicos, como el elaborado por Rojina (1979) quien señaló que se puede definir el derecho de alimentos como la facultad legal del alimentista para exigir al o los obligados por ley (con quien guarda algún vínculo consanguíneo o legal), lo necesario para subsistir. Debiéndose tener presente que los alimentos comprenden a aquello necesario para subsistir, educarse, vestir, recibir asistencia médica, psicológica y capacitación para el futuro laboral, tal y como lo prevé el Código Civil (1984), en su artículo 472º.

Así, a fin de contrarrestar cualquier acción omisiva que afecte el derecho de alimentos del menor, la CDN (1989), reguló en su artículo 27, cuarto inciso, el deber del Estado de adoptar políticas públicas conducentes a asegurar el pago de las pensiones alimenticias de parte de los obligados por ley, frente al menor, independientemente de que éste resida en el extranjero, por lo cual, los Estados partes deberán promover las políticas pertinentes para satisfacer tales situaciones.

No obstante, con anterioridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, ratificada por nuestro Estado el siete de diciembre del año 1978, establece en su art. 19, la necesidad de protección del menor por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Reconociéndose desde mecanismos internacionales la protección de los derechos del menor, el cual, establece básicamente que el menor tiene el derecho a gozar de una familia dentro de una sociedad y el Estado quien debe establecer las mediadas aplicables frente a la desprotección y sobre todo prevenir que el menor llegue a estar desprotegido.

Por lo que, atendiendo a los fundamentos expuestos, el fin que persigue la tipificación del delito de prestación alimentaria de no lesionar el derecho al desarrollo integral del menor, no estaría en consonancia del principio de última

intervención del Derecho Penal, pues debería ser el último recurso que debe emplear el Estado, antes otros mecanismos alternativos que deben emplearse. Además, que, la finalidad que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos estaría lejos de garantizar el derecho a la integridad del menor toda vez que al contemplar una sanción privativa de libertad contra los obligados por ley, no asegura la satisfacción de los alimentos del menor, derecho contenido en el derecho constitucional al desarrollo integró. Más aún, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 4º de nuestra Constitución, que establece a la familia como instituto fundamental de la sociedad, así como la protección especial del niño y la familia como institución social y fundamental.

**Determinar que la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos no coadyuva al desarrollo integral del niño.**

Resultados:

A fin de alcanzar el objetivo específico formulado, se obtuvo los resultados ante las siguientes preguntas: ¿Tiene conocimiento si los progenitores sancionados con pena privativa de libertad por el delito de omisión de prestación de alimentos, cancelan las pensiones alimenticias devengadas? Por lo que, la entrevistada Chore (2020) expresó que: es sabido que un 90% de los progenitores sentenciados con pena privativa de libertad por el delito de omisión a la asistencia familiar no cumplen con el pago de las pensiones alimenticias devengadas. Además, que, Izquierdo (2020) consideró que un 40 % no cancela, pero el resto del porcentaje, el plazo de espera desde que se inicia la demanda civil hasta llegar a un proceso penal y tener una resolución judicial han transcurrido más de 10 años aproximadamente.

Por lo que, de llevar a cabo el proceso por omisión a la asistencia familiar no garantiza la alimentación del niño justamente por el transcurso del tiempo esperado.

A su vez, ante la pregunta: ¿Usted considera que con la penalización del delito de omisión de prestación de alimentos se garantiza la alimentación del niño? La entrevistada Peet (2020) señaló que, la respuesta sería relativa, atendiendo a las conductas de las personas, toda vez que, generar un perjuicio al desarrollo

integral del menor dependerá de factores que la madre o el padre del menor, según sea el caso, podría suplirlos, a nivel psicológico, y económico; no obstante, la existencia de conflictos entre los padres por el pago de los alimentos, menoscabaría el aspecto psicológico del menor. Mientras que Chore (2020) manifestó que: la penalización del delito de omisión de prestación de alimentos no garantiza la alimentación del niño, ya que un denunciado llega a tener hasta tres devengados por pensiones alimenticias, lo cual refleja el incumplimiento constante del mismo. Adicionalmente que, en la mayor parte de este tipo de procesos judiciales los progenitores sentenciados no cumplen con el pago de las pensiones devengadas, generando un daño en la educación, salud, alimentación, vestimenta, recreación del niño, quien al no tener acceso a los servicios básicos no logran un desarrollo integral. Asimismo, Izquierdo (2020) señaló que: Sí, porque se priva al menor de edad de un derecho fundamental para su desarrollo, que es tener un padre, lo cual podría superarse con la implementación de medidas limitativas de derechos.

No obstante, Ortiz (2020) indica que solo en caso el incumplimiento sea reiterativo (reincidente) se le interpone una pena efectiva, esto es como ultima ratio y cuando el obligado no tiene intención de cumplir con la obligación alimentaria; por lo considero, que lejos de generar un perjuicio al menor, ayuda a éste pueda lograr un desarrollo integral.

Por lo que a fin de analizar dichas premisas debe tenerse presente los antecedentes de investigación, como el realizado por Chávez y Chevarria (2018) en su trabajo titulado *“El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia”*, que concluyeron que los magistrados especializados en materia de Familia, del Poder Judicial al decidir, evaluar y determinar sobre la situación del menor debe considerarse el interés superior del menor, específicamente su desarrollo integral que comprende las esferas física, psicológico, social y moral, tal y como se expresó en el supuesto normativo N.º 27, de la Convención de Derechos del Niño.

Rivas (2015) y su tesis titulada *“La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”*, que concluyó que la CDN, ha insertado

en el ordenamiento jurídico de Chile, conceptos nuevos es por ello, que es comprensible que los países se tomen el tiempo para adecuar sus normas a los planteamientos dados por la convención pues, es preciso señalar que cada país tiene una realidad diferente a otra y no se puede pretender que lo que funciona en un país vaya a funcionar en otra. Así, después de 10 años los países miembros han llegado a concordar que este principio no es un planteamiento social con caracteres genéricos, sino es un precepto que tiene origen en la búsqueda del bienestar general del niño.

Así, la Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño (2017), describe una serie de elementos a tomarse en cuenta, por cada profesional, que adopte alguna decisión que involucre los derechos del niño, evaluando qué aspectos de los elementos, son más relevantes para la toma de una decisión concreta, y así determinar cuál es el interés superior del niño frente a cualquier situación, elementos tales como: edad y madurez del niño, situación de vulnerabilidad y necesidad, irreversibilidad de efectos por transcurso de tiempo, estabilidad de las soluciones y minimizar riesgos, preparación del tránsito a la vida adulta, opinión del menor, identidad del niño, relación y preservación de la familia, cuidado, protección y seguridad del menor, derecho del niño a la salud, a la educación, y otros elementos a consideración al supuesto concreto

En ese mismo sentido, el Código del Niño y Adolescente, en su artículo 92, considera por alimentos aquello esencial para sustentarse, vestirse, recibir educación, recibir asistencia médica, y recrearse. Pudiendo evidenciarse que la asistencia alimentaria cumple un rol muy importante el cual no solo es de sobrevivencia del menor o el alimentista sino también cumplir en asistir el desarrollo integro, haciendo prevalecer el derecho que se arroga a cada individuo por su condición de persona humana, en virtud de la misma Constitución peruana que prevé en el artículo primero y segundo, el Derecho a dignidad como fin supremo del Estado.

Por tanto, en síntesis, se determina que la tipificación del delito de omisión de prestación alimentaria no coadyuva al desarrollo integró del menor, teniendo en cuenta que este derecho fundamental regulado por la Constitución, contiene la

satisfacción del derecho de los alimentos, sin embargo, tipificarlo, previendo una pena privativa de libertad lesionaría dicho derecho, pues lejos de contribuir a su protección o garantía, agravaría la situación de desamparo del menor.

**Exponer que el tipo penal de omisión de prestación de alimentos (artículo 149, Código Penal), debe ser objeto de modificación, toda vez que transgrede los fines del principio del interés superior del niño.**

Así, con la finalidad de alcanzar el objetivo específico formulado en el presente, se recabó los siguientes resultados ante las preguntas: ¿Usted considera que es necesario modificar el artículo 149º del Código Penal (Omisión de prestación de alimentos), teniendo en cuenta las exigencias que establece la CDN? A lo que una de las respuestas más resaltantes a consideración del autor, fue: Chore (2020) manifestó que Si es necesario modificar el artículo 149º del Código Penal, con el fin de que durante todo el trámite del proceso judicial prevalezca ante todo el interés superior del niño y que el proceso se lleve a cabo con mayor celeridad.

Por su lado, ante la pregunta, ¿Considera que en el delito de omisión de prestación de alimentos debería ser imponerse una sanción alternativa a la pena privativa de libertad? Y de ser así, precise ¿qué pena alternativa debería imponerse? Izquierdo (2020), manifestó que sí, con mejor aplicación de la prestación de servicios comunitarios. No obstante, Reyes (2020) prevé que sí debe existir penas alternativas, a la primera vez, muerte civil sin perjuicio de pagar su obligación, y ante la reincidencia debería imponerse pena privativa de libertad como mínimo cinco años. Por su lado, Chore indicó que, como sanción alternativa se debería establecer el pago del 60 % de las pensiones devengadas de manera obligatoria, con el fin de velar por el interés superior del niño.

Debiéndose tener presente los antecedentes de investigación, tal y como el elaborado por Acuña (2015) en su trabajo denominado *“El principio del interés superior del niño frente a la nueva imputabilidad del Código Orgánico Integral Penal”*, quien concluyó manifestando que la legislación de Ecuador ha producido muchos cambios en la normativa en general con la finalidad de adecuar a las exigencias establecidas en la CDN lo cual, definitivamente ha sido positiva para que el Estado promueva la tutela de los niños, dando nacimiento al Código de la

Niñez y Adolescencia, significando un avance para su ordenamiento jurídico. Por lo que considera, que este principio busca que tanto el Estado como las autoridades administrativas tomen decisiones donde los niños estén inmersos de alguna manera decida lo que es mejor para el niño, buscando satisfacer en todos sus extremos los derechos de los menores.

Ponte (2017) en su trabajo titulado *“Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014”*, que concluyó que la imposición de una sanción que priva la libertad no asegura que el deudor alimentario cumpla con la pensión de alimentos, sin embargo, para lograr su cumplimiento podría imponerse al obligado la realización de actividades forzadas, lastimosamente esta opción no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico.

Y como fundamento Teórico, en cuanto al tipo penal de omisión de prestación de alimentos, también Peña (2015) manifiesta que la aplicación del ilícito penal de omisión de prestación de alimentos resulta cuestionable, cuando culminado el proceso se decide sancionar con pena privativa de libertad al sujeto activo del incumplimiento, pues ello conlleva no solo a coartar su libertad, sino también a perder la actividad laboral que venía ejerciendo, en consecuencia, agravaría la situación del menor. Por lo que, sería idóneo recurrir a otros mecanismos de control social.

Por lo tanto, se observa la necesidad de formular una nueva propuesta de regulación del tipo penal de omisión de prestación de alimentos más favorable para el menor, toda vez que el tipo penal tiene como uno de sus fines cesar el perjuicio del bien jurídico vulnerado, no obstante, con dicho tipo penal, se agravaría aún más el bien jurídico tutelado del menor, esto es, el derechos al desarrollo integral, que implica aspectos, físicos, psicológicos y moral, tal y como lo señalan diversos autores.

## V. CONCLUSIONES

1) Primero, en cuanto al objetivo general, podemos concluir que los fines que persigue el principio del interés superior del menor colisiona frente a la tipificación del delito de omisión de prestación alimentaria, toda vez que los fines que persigue dicho principio ha sido tutelar los derechos del niño, derechos convergente al derecho del desarrollo integral del menor en el ámbito físico, psicológico, espiritual, moral y social, siendo que todos estos ámbitos se encuentran vinculados directamente al derecho a los alimentos; no obstante, la tipificación del delito de omisión de prestación alimentaria contendría una finalidad “aparente” de garantizar los alimentos del menor, siendo que al aplicar la sanción prevista en el artículo 149º del Código Penal, o regularla como delito con una pena privativa de la libertad contra los obligado por ley, agravaría la situación de vulnerabilidad del menor, esto es, si antes se encontraba sin disfrutar plenamente su derecho a los alimentos, peor aún al efectivizarse una pena en prisión, colisiona con los fines que persigue el principio del interés superior del niño.

2) Segundo, respecto al primer objetivo específico formulado en el presente trabajo, se concluye que la finalidad que perseguiría el delito de omisión de prestación alimentaria, ha sido garantizar el derecho a los alimentos del menor, no obstante, no ha sido eficaz, pues por el contrario, contravendría el artículo constitucional número 4, de proteger la unidad familiar como instituto social fundamental, asimismo, de brindar una especial protección al menor, siendo que la aplicación del tipo penal de omisión de prestación alimentaria, perjudicaría no solo al obligado por ley, sino al menor, agravando su situación. Asimismo, la finalidad que perseguiría dicho delito, no va en armonía del artículo sexto de nuestra Constitución, pues, no sería el modo idóneo, mucho menos eficaz para fomentar la paternidad y maternidad responsable, ni asegurar el derecho ni el deber de los padres a alimentar, siendo que, al correr el riesgo de privarlo de su libertad, pondría también en riesgo sus medios laborales para subsanar su conducta omisiva.

**3)** Tercero, frente al segundo objetivo específico, se llegó a concluir que el delito de omisión de prestación de alimentos, en efecto, no coadyuva al desarrollo integral del menor, toda vez que conforme a lo expresado por los entrevistados, y según sus máximas de la experiencia, los procesos por omisión a la prestación de alimentos son muy largos (de plazos extensos) para su ejecución, y que peor aún, prever una pena privativa de libertad en el Código Penal por dicha conducta omisiva, no genera garantía de que se cumpla con el pago de las pensiones alimenticias devengadas, en consecuencia, la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos no coadyuva a la protección efectiva del derecho de los alimentos del menor (derecho intrínseco del derecho al desarrollo integral del menor), no satisfaciéndose el derecho a gozar a la salud efectiva, educación, capacitación debida o recepción de servicios médicos.

**4)** Finalmente, el tipo penal de omisión de prestación alimentaria debe ser objeto de modificación, porque transgrediría los fines del principio del interés superior del niño, siendo que dicha modificación podría traer consigo la implementación de otras medidas, como sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, debiéndose formular una posible nueva fórmula legal del tipo penal, más favorable al menor. Pues bajo la lógica de que el tipo penal tiene como uno de sus fines cesar el perjuicio del bien jurídico vulnerado, no obstante, con el tipo penal actual, se agravaría aún más el bien jurídico tutelado del menor, el derecho a los alimentos y por ende al desarrollo integral, siendo necesario plantear una sanción alternativa.

## VI. RECOMENDACIONES

**Primero:** En cuanto al primer objetivo, habiendo concluido que los fines que persigue el principio del interés superior del menor colisiona frente al delito de omisión de prestación alimentaria, resulta recomendable plantear al legislador una posible solución eficaz para no desamparar el derecho primordial de los menores, el derecho a los alimentos, como la creación e implementación de un Registro Nacional de Fondos para los Menores Alimentistas, a fin de concretizar el sentido del principio del interés superior del menor, la garantía del desarrollo integral del menor, teniendo en cuenta que se encuentran en pleno desarrollo de madurez físico y psicológico, y que representan el futuro del desarrollo de nuestro país.

**Segundo:** Habiéndose identificado la finalidad que persigue el delito de omisión de prestación alimentaria, es recomendable que el legislador tenga presente ello, a fin de desarrollar reformas legales ya sea en materia penal o extra penales, concordantes a los fines que implica garantizar el derecho a los alimentos del menor, empleando medidas legales menos lesiva, también en pro del principio de mínima intervención del Derecho Penal, por el carácter subsidiario de este, pues no necesariamente para todo conflicto debe recurrirse a tipificar nuevos delitos o agravar penas, o promover investigaciones que no conlleven a mejorar la situación del menor.

**Tercero:** Habiendo expuesto los argumentos precedentes e investigaciones de diversos autores, que la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos no coadyuva al desarrollo integral del niño, resulta recomendable tener presente lo señalado por el Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), en su fundamento número 109, sobre el grave problema de hacinamiento en los países de Latinoamérica, como el Perú, que trae como consecuencia situaciones limitativas de oportunidades productivas para las personas que se encuentran privadas de su libertad, además, que el empleo de internamientos excesivos genera ambientes deplorables frente a sus necesidades de servicios básicos; todo ello es necesario tener presente a fin de

implantar mejores políticas públicas para quienes representan el futuro del desarrollo de nuestro país.

**Cuarto:** Finalmente, se recomienda al legislador, a efectos de ir en respeto del principio del interés superior del menor, buscar la modificación del artículo 149 del Código Penal, pues atendiendo a lo expuesto, esto es, que transgrede los principios del interés superior del menor, al no favorecerle a una vida digna, ni mejorar la interrelación familiar, sería conveniente no tipificar para dicha conducta omisiva con sanciones privativas de libertad, sino por el contrario adoptar políticas públicas que contribuyan a una paternidad y maternidad responsable, en pro de actividades productivas, favoreciendo principalmente al alimentista, debiéndose imponer medidas alternativas a los obligados por ley, e incluso, suprimirla del catálogo de las conductas previstas en el Código Penal, pues ello, estaría acorde a los convenios internacionales que nuestro país ha ratificado, desenvolvimiento saludable y digna de toda ser humano y evitar el hacinamiento de las cárceles de nuestro país, no recurriendo al derecho penal como primera instancia para la solución de conflictos sociales.

## REFERENCIAS

- Mojonero, L. M. (2018). *El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y el Interés Superior del Niño en el Distrito Judicial de Ventanilla 2018* [tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/20120>
- Ponte, D. M. (2017). *Omisión a la asistencia familiar y la prisión efectiva, distrito judicial del Callao, años 2012-2014* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/7548>
- Acuña, P. A. (2015). *El principio del interés superior del niño frente a la nueva imputabilidad del Código Orgánico Integral Penal* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio PUCESA. <http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1529/1/76066.pdf>
- Rivas, E. (2015). *La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio UCHILE. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf?sequence=1>
- Yanes, L. C. (2016). *El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato* [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio UASB. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4981/1/T1940-MDP-Yanes-El%20interes.pdf>
- Pineda, F. L. (2017). *Omisión de asistencia familiar e incumplimiento del derecho alimentario Tercer Juzgado Penal del Callao 2016* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV. [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7546/Pineda\\_AFL.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7546/Pineda_AFL.pdf?sequence=4&isAllowed=y)
- Organización panamericana de la Salud. (1979, octubre,). *Declaración de los Derechos del Niño*. (1959). Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Crónica.

<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/10565/v87n4p341.pdf>

- Sánchez, C. (2016). *El interés superior del niño y de la niña. El debate ideológico a través de las denominaciones: ¿niño/niña? o ¿menor?*. Dialnet, (9), 55-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6361583>
- Quispe, J. L. (2017). *El interés superior del niño frente al incumplimiento de la obligación alimentaria* [tesis de pregrado, Universidad Científica del Perú]. Repositorio UCP. <http://repositorio.ucp.edu.pe/handle/UCP/226>
- Cabrera, M. C. (2017). *La medida de apremio personal por incumplimiento de obligaciones alimenticias: poder punitivo latente. Análisis de jurisprudencia* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio PUCE. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/13654>
- Rivera, K. (2018). *La afectación del principio del interés superior del niño a partir de la presunción pater is est. Derecho & Sociedad*, (50), 235-248. e <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20390>
- Álvarez, Y. N. (2017). *Disparidad de criterios de los magistrados de la corte suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño* [tesis de pregrado, Universidad Nacional de Piura]. Repositorio UNP. <http://repositorio.unp.edu.pe/handle/UNP/1324>
- Moreno, S. P. (2018). *El delito de inasistencia alimentaria: un análisis teleológico de la pena* [tesis de maestría, Universidad Santo Tomás]. Repositorio USTA. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/16627/2019sandramoreno.pdf?sequence=9&isAllowed=y>
- Chávez, J. y Chevarría, J. E. (2019). *El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13773>

- Aguilar, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, 6 (1), 223-247. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- UNICEF Comité Español. (2006). *CDN. Asamblea General, (1989, 20 de noviembre)*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013, 29 de mayo). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1)*. [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (1993, 29 de diciembre). *Constitución Política del Perú*. [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2000, 07 de agosto). *Ley 27337 de 2000. Código de los Niños y Adolescentes*. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
- Martínez, C. y Del Moral, C. (2017). *Guía para Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño*. [https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018\\_StC\\_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion\\_A4\\_para%20imprentaspreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26167/18012018_StC_Guia%20para%20la%20evaluacion%20y%20determinacion_A4_para%20imprentaspreads.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Mac Donald, S. y Headlam, N. (2011). *Research Methodos Handbooks*. <https://www.cles.org.uk/wp-content/uploads/2011/01/Research-Methods-Handbook.pdf>
- Ministerio de justicia y derechos humanos. (2017). *Reporte de Jurisprudencia N° 1. Sentencias judiciales relevantes de las Salas de Derecho Constitucional*

y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.  
<https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/JURISP.pdf>

Zermatten, J. (2003). *El interés superior del niño del análisis literal al alcance filosófico*. Instituto Internacional de los derechos del infante.  
[https://www.childsrightrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](https://www.childsrightrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf)

Cillero, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño*.  
[http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)

Frigerio, G. y Diker, G. (2008). *Infancia y derechos: las raíces de la sostenibilidad*.  
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161137>

López, R. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>

Martínez, C. (2017). *Guía para facilitar el proceso de evaluación y determinación del ISN*. <http://hdl.handle.net/11531/26167>

Alegre, S; Hernández, X y Roger, C. (2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*.  
[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

Hammarberg, T. (2008). *The principle of the best interests of the child – what it means and what it demands from adults*. <https://rm.coe.int/16806da95d>

Organización de los Estados Americanos. (1969, 7 – 22 de noviembre) *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*.  
[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Salinas, R. (2013). *Derecho penal parte especial*. (5.<sup>a</sup> ed.). Lima: Grijley.

Bramont, L. y García, M. (2013). *Manual de derecho penal*. (6.<sup>a</sup> ed.). Lima: Editorial San Marcos.

Peña, A. (2015). *Derecho penal parte especial*. (3.<sup>a</sup> ed.). Lima: Idemsa.

- Noguera, I. (2018). *Derecho penal parte general*. Tomo I. Lima: Grijley.
- Rojina, R. (1979). *Compendio de Derecho Civil. Introducción personas y familia*. (16.<sup>a</sup> ed.). México: Porrúa S.A.  
<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/compendio-de-derecho-civil-i-rafael-rojina-villegas.pdf>
- Chavarría, A. (2004). *Derecho sobre la familia y el niño*. (5.<sup>a</sup> ed.). Costa Rica: Euned.
- Mir, S. (2011). *Derecho penal parte general*. (9.<sup>a</sup> ed.). Montevideo: Euros Editores S.R.L.
- Galvez, T. y Rojas, R. (2011). *Derecho Penal Parte Especial (introducción a la parte especial)*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Unicef. (s. f.). *CDN: Preguntas frecuentes*  
[https://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_30229.html](https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html)
- Espinoza, R. A. (2017). *Tratamiento del delito de omisión de asistencia familiar en relación al bienestar del menor distrito judicial de Lima Norte* [tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Repositorio UCV.  
[http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/8583/Espinoza\\_MRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/8583/Espinoza_MRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Defensoría del Pueblo. (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. Lima: Servicios Gráficos JMD S.R.L.  
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>

## **ANEXOS**

ANEXO N.º 01

Matriz de categorización de variables

MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES						
“Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019”						
VARIABLES DE ESTUDIO	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS	FUENTE	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<b>V.I.</b> Principio del interés superior del niño	Zermatten (2003), señala que “[...] es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social [...]”.	Desarrollo integral del menor	Físico	Especialistas en Derecho Penal	Entrevista	Guía de entrevista
			Psíquico			
			Social			
		Obligados legales que velan su protección	Ascendientes del menor			
			Órganos jurisdiccionales			
Fuentes jurídicas de tutela	Declaración de los Derechos del Niño / Constitución Política del Perú /Código del Niño					

Fuente de elaboración propia

## Matriz de categorización de variables

MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES						
“Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019”						
VARIABLES DE ESTUDIO	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS	FUENTE	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<b>V.D.</b> Delito de omisión de prestación de alimentos	Salinas (2013) sostiene que (el delito de omisión a la asistencia familiar) “se configura cuando el agente dolosamente omite su obligación de prestar alimentos, establecido previamente en una resolución judicial [...] (p. 454)”. Acarreando la aplicación de una pena.	Sanciones punitivas	Penal privativa de libertad	Especialistas en Derecho Penal	Entrevista	Guía de entrevista
			Penal limitativa de derecho			
		Derecho a los alimentos	Habitación			
			Vestido			
			Educación			
			Recreación			
			Nutrición			

Fuente de elaboración propia

## Matriz de categorización

MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN			
Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019”			
PROBLEMA GENERAL	PROBLEMAS ESPECÍFICOS		
¿De qué manera colisiona el principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos?	¿Cuál es la finalidad de la sanción punitiva del delito de omisión de prestación de alimentos?	¿De qué manera el delito de omisión de prestación de alimentos coadyuva al desarrollo integral del niño?	¿Cómo el tipo penal de omisión de prestación de alimentos debería ser objeto de modificación?
OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS		
<b>Demostrar</b> que la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos colisiona con el principio del interés superior del niño.	<b>Identificar</b> la finalidad que persigue el delito de omisión de prestación de alimentos. (a fin de contrastar la colisión con los fines que persigue el principio del interés superior del niño)	<b>Determinar</b> que la tipificación del delito de omisión de prestación de alimentos no coadyuva al desarrollo integral del niño.	<b>Exponer</b> que el tipo penal de omisión de prestación de alimentos, debe ser objeto de modificación, toda vez que transgrede los fines del principio del interés superior del niño.

Fuente de elaboración propia

## ANEXO N.º 02

### Instrumento de recolección de datos:

GUIÓN DE ENTREVISTA
<b>DATOS PERSONALES:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Apellidos y nombres: _____</li><li>• Entidad laboral: _____</li><li>• Cargo: _____</li><li>• Fecha: _____</li></ul>

### Tesis: “Colisión del principio del interés superior del niño frente al delito de omisión de prestación de alimentos, Perú – 2019”

1. Conforme a su experiencia: ¿Tiene conocimiento si los progenitores sancionados con pena privativa de libertad por el delito de omisión de prestación de alimentos, cancelan las pensiones alimenticias devengadas?

-----  
-----  
-----

2. ¿Usted considera que con la penalización del delito de omisión de prestación de alimentos se garantiza la alimentación del niño?

-----  
-----  
-----

3. ¿Usted considera si durante los procesos por el delito de omisión de prestación de alimentos se toma en cuenta los fines que persigue el principio del interés superior del niño?

-----  
-----  
-----

4. ¿Usted considera que es necesario modificar el artículo 149º del Código Penal (Omisión de prestación de alimentos), teniendo en cuenta las exigencias que establece la CDN?

-----  
-----  
-----

**CDN: Artículo 3.1.** 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**.

5. ¿Considera que el delito de omisión de prestación de alimentos debería ser sancionado con una sanción alternativa a la pena privativa de libertad? Y de ser así, precise ¿qué pena alternativa debería imponerse?

-----  
-----  
-----

6. ¿Usted considera que imponer una pena privativa de libertad efectiva por el tipo penal de omisión de prestación de alimentos genera perjuicios al menor?

-----  
-----  
-----

7. ¿Cómo usted cree que se podría garantizar de manera jurídica los derechos referidos a la alimentación del menor?

-----  
-----  
-----

¡Gracias!

## ANEXO N.º 03

### Validación de instrumentos de recolección de datos



#### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

##### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Jessica Gomero Palomino
- 1.2. Cargo e institución donde labora: Ministerio Público – Fiscalía Provincial Penal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Santa Anita – Cuarto Despacho.
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista
- 1.4. Autor de Instrumento: Néstor Cataño De la Cruz

##### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos											X		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.											X		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

##### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

93.5 %
6.5 %

##### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

100 %
-------

Lima, 17 de Junio del 2020



**Jessica Gomero Palomino**  
 Fiscal Provincial Titular  
 3ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa  
 de Santa Anita 4º Despacho

FIRMA DEL INFORMANTE  
DNI No 10115574 Telf:975491381

**VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO**
**I. DATOS GENERALES**

- 1.1. Apellidos y Nombres: Julio Rodríguez Chipao  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Ministerio Público – Fiscal Adjunto Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Corporativa de Santa Anita  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista  
 1.4. Autor de Instrumento: Néstor Cataño De la Cruz

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											X		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.											X		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.											X		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

**III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD**

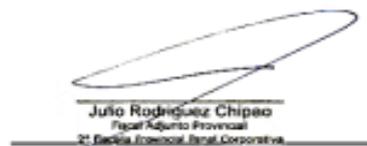
- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

93.5 %
6.5 %

**IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:**

100 %
-------

Lima, 22 de mayo del 2020



Julio Rodríguez Chipao  
 Fiscal Adjunto Provincial  
 2ª Fiscalía Ejecutorial Fiscal Corporativa  
 de Santa Anita - 4ª Dependencia

FIRMA DEL INFORMANTE  
 DNI No. 08836267 Telf.:989047432

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

### I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Rosas Job Prieto Chávez
- 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente de la Universidad César Vallejo.
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista
- 1.4. Autor de Instrumento: Néstor Hubert Cataño De La Cruz

### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.										X			
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.										X			
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.										X			
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.										X			
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales										X			
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.										X			
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.										X			
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos										X			
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.										X			
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.										X			

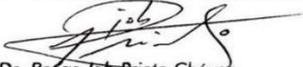
### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI
-----

### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

85%
-----

  
**Dr. Rosas Job Prieto-Chávez**  
 Abogado CAS N° 2486  
 Administrador

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE  
 DNI No 41651398. Telf.:922011064

Lima, 16 de Junio del 2020

## ANEXO N.º 04

### Aplicación de guías remitidas

The screenshot shows a Gmail interface. The left sidebar includes 'Redactar', 'Recibidos' (1), 'Destacados', 'Pospuestos', 'Enviados', 'Borradores', 'Más', 'Meet' (Iniciar una reunión, Unirse a una reunión), and 'Chat' (Nestor). The main area displays an email from 'ANGEL ALBERTO REYES PEREZ <anreyabogado@gmail.com>' with the subject 'PREGUNTAS 1.pdf' and a PDF attachment of the same name. Action buttons 'Responder' and 'Reenviar' are visible at the bottom.

Link para acceder a las respuestas de la entrevista:

<https://drive.google.com/file/d/1OzskmlQJEqVU4GkwCxENRt2H-illiGL6/view?usp=sharing>

The screenshot shows a Gmail interface. The left sidebar includes 'Redactar', 'Recibidos' (1), 'Destacados', 'Pospuestos', 'Enviados', 'Borradores', 'Más', 'Meet' (Iniciar una reunión, Unirse a una reunión), and 'Chat' (Nestor). The main area displays an email from 'Job Izquierdo Portal <jobsan.23@gmail.com>' with the subject 'Preguntas' and a PDF attachment titled 'PREGUNTAS-1.pdf'. Action buttons 'Responder' and 'Reenviar' are visible at the bottom.

Link para acceder a las respuestas de la entrevista:

<https://drive.google.com/file/d/1K-9AQfTqQZb5Vg4eCT49xwNWdmpeVhP6/view?usp=sharing>

← → ↻ mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgwxHNWFxXtrBrkmMKMGprDSXfgzr

☰ Gmail

✚ Redactar

📧 Recibidos 1

- ★ Destacados
- 🕒 Pospuestos
- ▶ Enviados
- 🗑 Borradores
- ▼ Más

Meet

- 🎥 Iniciar una reunión
- 🗂 Unirse a una reunión

Chat

👤 Nestor +

← Responder → Reenviar

**Preguntas sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria**

**Willingto Santillan Bengolea** <wjsb2017@gmail.com> para mí

📧 Libre de virus. [www.avg.com](http://www.avg.com)



Link para acceder a las respuestas de la entrevista:

[https://drive.google.com/file/d/1F08wCwkC4piatScub\\_ZAHD8C2vo0RvNX/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1F08wCwkC4piatScub_ZAHD8C2vo0RvNX/view?usp=sharing)

← → ↻ mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgwxJWjFCJqbQnHfmkprkvtbXnqrP

☰ Gmail

✚ Redactar

📧 Recibidos 1

- ★ Destacados
- 🕒 Pospuestos
- ▶ Enviados
- 🗑 Borradores
- ▼ Más

Meet

- 🎥 Iniciar una reunión
- 🗂 Unirse a una reunión

Chat

👤 Nestor +

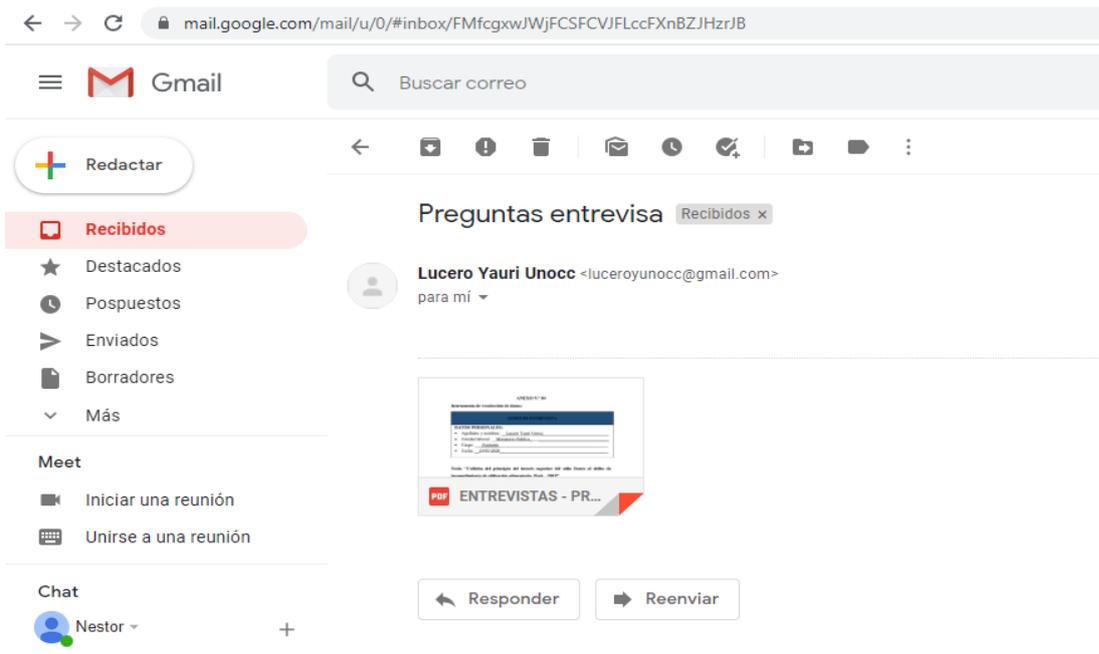
**De:** Jesy gomero <jesy1360@hotmail.com>  
**Enviado:** sábado, 20 de junio de 2020 4:49

Buenas noches, Sr. Cataño le envío el Formato.. y disculpe la demora..  
 Cúidese mucho.

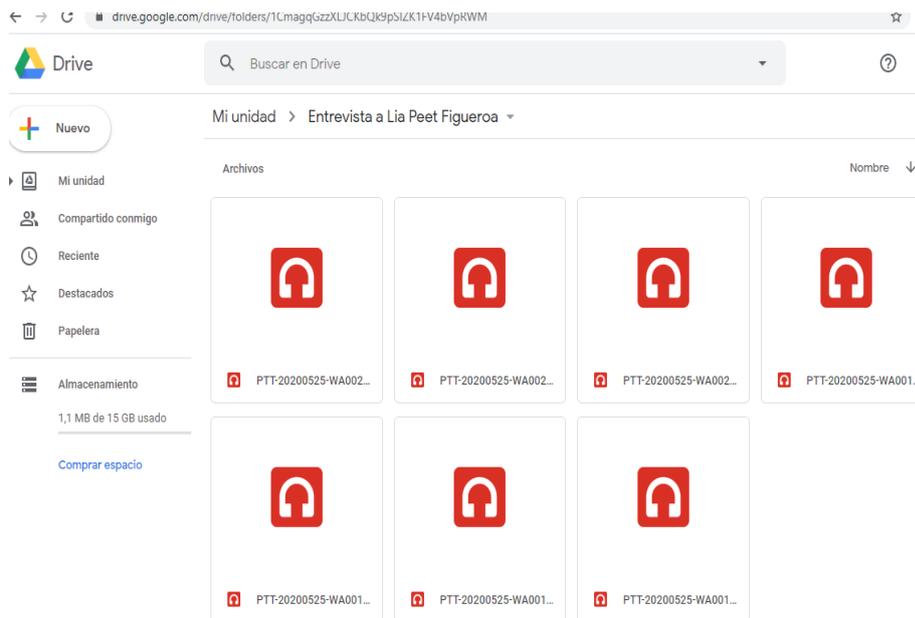
Jessica Gomero.



GRACIAS!    RECIBIDO.    OK.

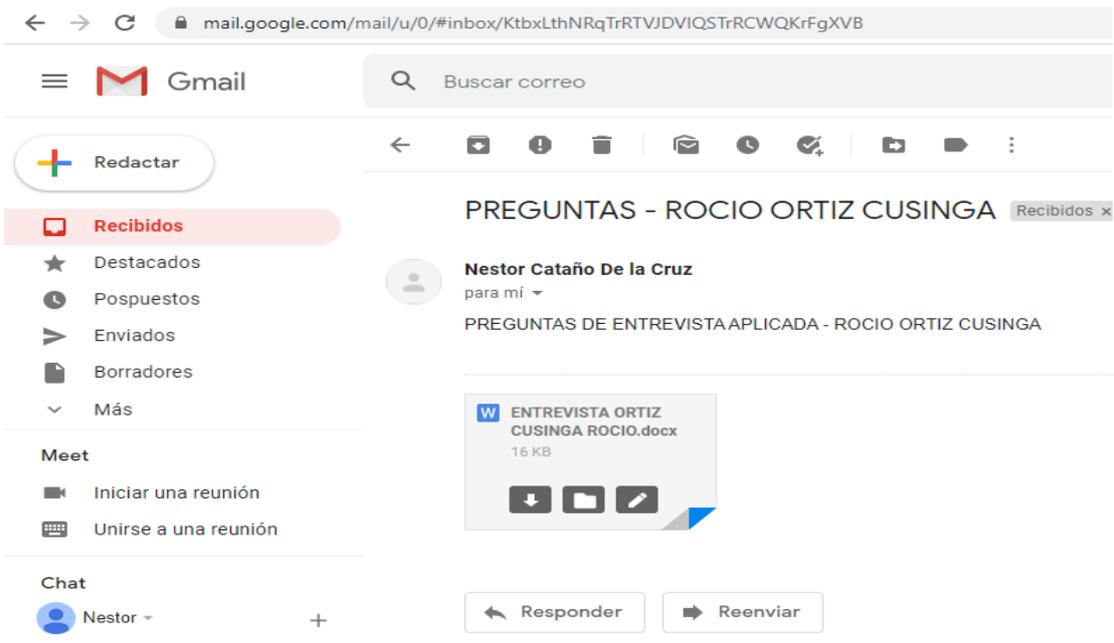


<https://drive.google.com/file/d/1mY-8XQcma5yjYKNvcyZl2cMW-t6ruGfh/view?usp=sharing>



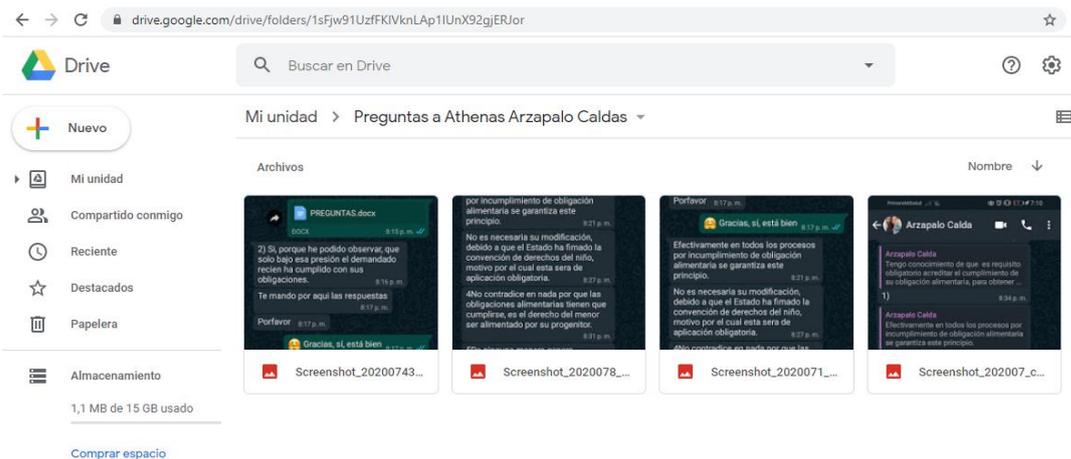
Link para acceder a los audios de la entrevista:

<https://drive.google.com/drive/folders/1CmagqGzzXLJCKbQk9pSIZK1FV4bVpRWWM?usp=sharing>



Link para acceder a los audios de la entrevista:

<https://drive.google.com/file/d/1uk7G3YmOrhd8A5QChZs96VyaRPCQ3zLn/view?usp=sharing>



Link para acceder a las respuestas de la entrevista:

<https://drive.google.com/drive/folders/1sFjw91UzfFKIVknLAp11UnX92qjERJor?usp=sharing>

## ANEXO N.º 5 Declaratoria de originalidad del autor



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

### Declaratoria de Originalidad del Autor / Autores

Yo (Nosotros), NESTOR HUBERT CATAÑO DE LA CRUZ egresado(s) de la FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES y Escuela Profesional de DERECHO de la UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO, declaro (declaramos) bajo juramento que todos los datos e información que acompañan al Trabajo de Investigación / Tesis titulado: "COLISIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE AL DELITO DE OMISIÓN DE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS, PERÚ – 2019", es de mi (nuestra) autoría, por lo tanto, declaro (declaramos) que el Tesis:

1. No ha sido plagiado ni total, ni parcialmente.
2. He (Hemos) mencionado todas las fuentes empleadas, identificando correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes.
3. No ha sido publicado ni presentado anteriormente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados.

En tal sentido asumo (asumimos) la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

Apellidos y Nombres del Autor	Firma
NESTOR HUBERT CATAÑO DE LA CRUZ <b>DNI:</b> 46496260 <b>ORCID</b> 0000-0001-5214-8144	Firmado digitalmente por: NCATANOD el 27 Jul 2020 16:57:43

Código documento Trilce: 30442