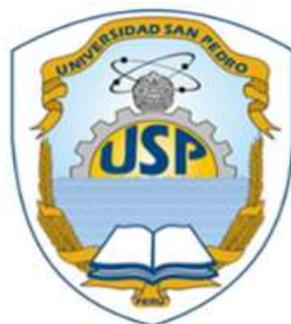


“UNIVERSIDAD SAN PEDRO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO



**“CONTROL DIFUSO INAPLICANDO EL INCISO 3 DEL
ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL EN LOS DELITOS
DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR”**

Trabajo de Suficiencia Profesional

Autor

CINTYA ANAIS GONZALES LEIVA

Asesor

DRA. PATRICIA BARRIONUEVO BLAS

CHIMBOTE – PERÚ

2018

PALABRAS CLAVE

TEMA	CONTROL DIFUSO
ESPECIALIDAD	DERECHO CONSTITUCIONAL

TEXT	DIFFUSE CONTROL
SPECIALTY	CONSTITUTIONAL RIGHT

DEDICATORIA

Dedico este proyecto a Dios por estar conmigo en cada paso que doy dándome la fortaleza para no declinar y ser perseverante, a mis padres Julio Fidel Gonzales Ruty y Doralisa Leiva Velásquez, por su amor, apoyo, esfuerzo y sacrificio constante, por haber fomentado en mí las bases de responsabilidad y el deseo de superación y triunfo en la vida, lo que ha contribuido a la consecución de este logro.

AGRADECIMIENTO

A Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, por hacer realidad este sueño anhelado. A mis padres por todo el apoyo recibido, por luchar conmigo día tras día para lograr escalar un peldaño más en la vida. A mis hermanos por el apoyo brindado en el transcurso de cada año de mi carrera universitaria.

A todos ellos, *Un Millón de Gracias.*

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE GENERAL	iv
RESUMEN	1
I. MARCO TEÓRICO	3
1. ANTECEDENTES	3
1.1.- ANTECEDENTES GENERALES	3
1.2.- ANTECEDENTES DE CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ.....	4
2.2. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR	11
2.3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:.....	22
2.4.- CONCEPTOS A TENER EN CUENTA.....	34
2.5.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.	43
2.6.- CONTROL DIFUSO EN RELACIÓN AL INCISO 3 DEL ARTICULO 57 DEL CÓDIGO PENAL COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	44
III.- LEGISLACIÓN NACIONAL.....	48
3.1.- EL CONTROL DIFUSO:	48
3.2.-OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.....	49
3.3.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:.....	50
3.4.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	51
IV.- JURISPRUDENCIA.....	52
V.- DERECHO COMPARADO	61
VII.- CONCLUSIONES	68
VIII.- RECOMENDACIONES.....	70
IX.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71
X.- ANEXO	76

RESUMEN

El presente trabajo monográfico, está diseñado de forma concisa, a través de una investigación exhaustiva, realizada a raíz de la inquietud que nació para aprender un poco más sobre el Control Difuso del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar como una garantía constitucional del Principio de Interés Superior del Niño, tratando de lograr la extensión de la expresión más allá a lo que invoca el presente trabajo. Básicamente lo que se intentó, es determinar si en realidad resulta acertado apostar por una pena privativa de libertad efectiva en los delitos de omisión a la asistencia familiar, para aquellos casos de reincidencia en los que el imputado haya cancelado las pensiones alimenticias devengadas. En la medida que de no tener el imputado alguna otra posibilidad de ingresos además de su trabajo, no sería estimable que pueda agenciarse de recursos que le permitan cumplir con sus obligaciones alimentarias devengadas correspondientes a diversos periodo, los cuales se irían agravando en el tiempo de su privación de libertad haciendo imposible la corrección de su conducta con los pagos que hubiera podido hacer a favor de los agraviados y abandonado así también el derecho de estos últimos a ver satisfecho sus derechos, teniendo únicamente como fin alcanzado, la encarcelación del obligado, lo cual no soluciona su conflicto, por lo que luego al término de la presente investigación, se logró determinar que el requisito de la no condición de reincidente que establece el inciso 3 del artículo 57 del código penal, al impedir la suspensión de la pena en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, predispone así la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, resulta una restricción desproporcionada, por lo que en aplicación del artículo 138 de la constitución y demás normas complementarias, debe aplicarse el control constitucional difuso de la disposición normativa, ello en atención al principio del interés superior del niño.

DESCRIPCION DEL PROBLEMA:

El problema a tallar en el presente trabajo monográfico se centra específicamente en los casos de los delitos de omisión a la asistencia familiar, en los cuales una persona, pese a haber sido requerido judicialmente en un proceso de alimentos para cumplir con el pago de las pensiones alimenticias devengadas a favor del agraviado (quien es su menor hijo), incumple dolosamente con ello, y en virtud de ello y atendiendo a que tiene la calidad de reincidente, se le impone una pena privativa de libertad efectiva y no suspendida, de conformidad con el inciso 3 del artículo 57 del código penal, el cual señala expresamente que para la suspensión de la ejecución de la pena el sentenciado no tiene que ser reincidente; en este sentido como consecuencia de la privación de la libertad del sentenciado devienen consecuencias más lesivas, dado que al privársele de la misma, el sentenciado se verá impedido de continuar laborando, consecuentemente de agenciarse de algún trabajo o recurso que le permitan generar ingresos y con ello cumplir con sus obligaciones alimentarias correspondientes a dichos periodos, generándose así una lesión al derecho alimentario que se pretende tutelar, ya que por acumulación podría causarse en el futuro la generación de un sucesivo incumplimiento de pensiones por los periodos en que el imputado no podría cumplir con su obligación alimentaria, al encontrarse privado de su libertad, haciendo imposible la corrección de su conducta con los pagos que hubiera podido hacer a favor de la parte agraviada, teniendo únicamente como fin alcanzado, la encarcelación del obligado lo cual de ninguna manera soluciona el problema, ni recompone de manera alguna el conflicto, por el contrario perjudica en gran manera al menor alimentista, por lo que se hace necesaria una pronta solución que afronte y resuelva dicho problema jurídico.

I. MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES

1.1.- ANTECEDENTES GENERALES

En principio, iniciaremos indicando que en la doctrina y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, esto dependiendo del órgano al cual la Constitución encargue dicha función.

En sus orígenes ambas instituciones difieren en el tiempo y en el espacio, es decir en los lugares donde primigeniamente, al menos según concluyen algunos estudios, han sido aplicados.

El llamado *Sistema Difuso* como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como *Judicial Review* remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall quien aplicó el método difuso en el caso *Marbury vs. Madison* en el año 1803 en los Estados Unidos de América, y en donde se resolvió que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le son sometidos de conformidad con la constitución inaplicando la ley inconstitucional. Lo que constituye “la verdadera esencia del deber judicial”. Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas. (Rioja Bermudez, 2017).

El *Sistema Concentrado*, abstracto o simplemente europeo, remonta sus orígenes a la obra creadora de Hans Kelsen en 1920, y cuya característica mayor es que deja el control de la constitucionalidad en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc.

Estos dos grandes modelos puros de control de la constitucionalidad a través del tiempo se fueron dispersando en los diferentes países, manteniéndose puramente concentrados, o puramente difusos, pero también cierto es que en muchos otros países se fue desarrollando un modelo mixto u fusionado por los dos sistemas puros materia de comentario. (Rioja Bermudez, 2017)

Y en América Latina de manera peculiar y a partir de la segunda mitad del siglo XX se fue desarrollando la fusión de ambos sistemas puros, llegando a aplicarse este modelo dual en países tales como Bolivia, México, Brasil, y el Perú entre otros.

El control difuso, como control de la constitucionalidad de las leyes tiene su origen en los principios del constitucionalismo norteamericano en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de norma Suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución.

Teniendo en cuenta los antecedentes, podría valuarse que el método denominado común o difuso faculta a todos los jueces de un país determinado a declarar la inconstitucionalidad de las leyes; pues, si la Constitución es la ley suprema del país y si se reconoce el principio de Supremacía Constitucional, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea discordante. (Segado, 1997)

1.2.- ANTECEDENTES DE CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ.

En nuestro país existe un sistema mixto de control constitucional desde la Constitución de 1979, donde se sentaron las bases del método difuso de justicia constitucional y, además, según el modelo español, se creó un tribunal de Garantías Constitucionales dotado de poderes concentrados de

control de la Constitución que la reforma de la Constitución de 1993, ha convertido en Tribunal Constitucional. Este Tribunal Constitucional es, el único de su tipo, en América Latina, ubicado fuera del Poder Judicial.

Así mismo, se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.

Además el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado.

Es la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87 y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236.

Teniendo como base la constitución del 1979, nuestra Constitución del 1993 regula el control difuso en su artículo 51, el mismo que prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”; y en su artículo 138 el mismo que refiere que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”, “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior”

El Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de 28 de mayo de 1993, en el artículo

14 establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

Se cree que el Control Difuso es facultad exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial; y, que no es competencia de otros organismos constitucionales que también ejercen jurisdicción, como por ejemplo el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; y, por supuesto, de la Administración Pública en general.

Este criterio se fundamenta, en el origen de este sistema de control que lo ejercita por primera vez el Poder Judicial de Inglaterra y el de los Estados Unidos de Norteamérica. En nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución de 1979 y la vigente, no existe la menor duda de que el control difuso debe ser aplicado por cualquier autoridad que debe resolver un caso concreto, porque los artículos 87 y 51 de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, contienen un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades, sin distinción alguna:

Estos artículos habrían sido suficientes para que el Poder Judicial ejercitara esta facultad, pero los constituyentes, atendiendo la tradición histórica del Poder Judicial, han hecho muy bien en consignar norma expresa a cumplirse por los jueces. (Tantaleán Odar, 2017).

La existencia del artículo 51 de la Constitución, implica que el control difuso no es función exclusiva del Poder Judicial. Asimismo respecto a los demás Poderes del Estado y a la Administración Pública en general, la duda ha quedado totalmente despejada por la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", cuyo artículo IV inciso 1.1 del Título Preliminar, dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

Queda, claro entonces que el Poder Judicial, los órganos constitucionales autónomos y la Administración Pública en general, tienen la facultad y obligación de preferir la Constitución frente a la ley y la ley frente a las normas de inferior jerarquía, en el caso de que tales normas sean contradictorias, al momento de resolver un caso concreto.

2.1.- EL CONTROL DIFUSO:

La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos que colinden con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados por los tribunales, los cuales son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, es posible elaborar un concepto de control difuso y asignarle características como anotaremos a continuación.

2.1.1.- DEFINICIÓN:

El significado de control difuso es el de una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior. (Puente Jesús, 2017)

2.1.2.- CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DIFUSO:

El Control Difuso presenta las siguientes características:

a) *Naturaleza Incidental:* Esto es, se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica.

b) *Efecto Inter partis:* Esto es, de efecto entre partes, significando ello que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectará a

las partes vinculadas en el proceso. No Erga Omnes (Zamora Peña, 2017).

c) Declaración de Inaplicabilidad de la Norma cuestionada: Esto es, en el caso concreto, más no su declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad. Consecuentemente, la misma norma puede volver a ser invocada en otros procesos, en tanto no se la derogue, a través de los procesos legislativos correspondientes o la declaración de inconstitucionalidad.

2.1.3.- EL CONTROL DIFUSO DESDE UNA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Para el Tribunal Constitucional conforme lo ha establecido en el caso Gomero Valdivia recaído en el (Caso Gomero Valdivia, 2002) Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia de fecha 06 de agosto del 2002 *“El Control Difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder - deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del estado. Por ello, su ejercicio, no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso de los siguientes presupuestos:*

a. *Que, en el proceso constitucional, el objetivo de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada institucional;*

b. *Que la norma a implicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia;*

c. *Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.*

Presupuestos que han sido tomados por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica para resolver la consulta N° 10333-2017 en los seguidos por Rodríguez Chafloque Yessica Maribel con Dulce Collantes Richard Marcos sobre el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

Asimismo el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia N° 1124-2001-AA/TC publicado el 11 de setiembre del 2002 los mismos presupuestos que se debe advertir a fin de aplicar válidamente el control difuso: *a) Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso y c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución. Ciertamente es que en su modelo de origen el control difuso solo operaba en el escenario de un proceso judicial concreto y real, por lo que podríamos afirmar que solo son los jueces los facultados de aplicar el control difuso, sin embargo a la fecha esto no es del todo cierto, pues dicha facultad también lo ostenta el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional y demás órganos colegiados administrativos con ciertas restricciones".* (Serna Miranda, 2017)

De lo antes expuesto se tiene que el control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia" concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos al amparo de derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.

2.2. EL DELITO DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

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

Una obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada susceptible de evaluación económica. (Apuntes Jurídicos, 2017)

La noción de Asistencia Familiar es hablar de la persona o personas encargadas de garantizar, de manera natural e inexcusable, el mantenimiento de las condiciones mínimas materiales y del sustento y formación intrínsecos de los miembros de su familia, según Campana Valderrama, para comprender con mayor claridad el concepto de Asistencia familiar debemos partir del concepto de alimentos, por lo que a continuación pasaremos a analizar previamente dicho concepto: (Fiestas Haro, 2017)

2.2.1.- ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ALIMENTOS?

El vocablo "alimentos" proviene del latín "alimentum" o "ab alere" que significa alimentar. (Rojas Sarapura W., 2009) Establece que se considera Alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos de embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

Para **YOLANDA VÁSQUEZ**, por alimentos se entiende comúnmente *“cualquier sustancia que sirve para nutrir, pero jurídicamente se comprende todas las asistencias que se prestan para el sustento y sobrevivencia de una persona, la cual no se circunscribe solo a la comida, sino por todo aquello que por ley tiene derecho a exigir de otra para vivir”*.

Por otro lado, en reiterada jurisprudencia que forman parte de las sentencias emitidas por los jueces en los procesos de alimentos se ha señalado que: *“se entiende por alimentos todo aquello que necesita un niño o un adolescente para su sustento, alimentación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, vivienda y recreación. También los gastos de embarazo, desde la concepción hasta el postparto”*.

Un hijo tiene derecho a alimentos hasta la edad de dieciocho años; sin embargo, si subsiste el estado de necesidad por causa de incapacidad física o mental debidamente comprobadas o el alimentista está siguiendo una profesión u oficio exitosamente, puede pedir que la obligación continúe vigente.

2.2.2.- ¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS?

Según el artículo 474° del Código Civil se deben alimentos recíprocamente los Cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos. Cuando sean dos o más o los obligados a prestar los alimentos, el primero a darlos es el cónyuge, seguido por los descendientes, ascendientes y por último los hermanos.

La naturaleza de la obligación alimentaria se dirige a proteger al familiar o cónyuge necesitado fundándose en la sobrevivencia del acreedor alimentario, estableciéndose que la pretensión alimenticia se sustenta para

los hijos menores de edad, en estado de abandono o necesidad, aunque la legislación nacional también protege a los hijos mayores de edad, siempre que estos se encuentren siguiendo estudios profesionales o técnicos con éxito. (Rojas Sarapura W. , 2009)

2.2.3.-DELITO DE OMISIÓN PROPIA:

Al revisar el Código penal encontramos tipos penales que describen conductas positivas (comisión), es decir el agente debe hacer algo. Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). En estos supuestos el agente debe dejar de hacer algo para cumplir las exigencias del tipo; lesiona una norma perceptiva que le obliga a ejecutar algo.

La omisión de la conducta esperada generalmente se le vincula a un resultado socialmente dañino; más la sanción que se le impone al agente no depende de la producción de aquel resultado, sino de la simple constatación de la "no realización de la acción legalmente ordenada".

Los casos típicos de "omisión propia" se encuentran compaginados en diversos preceptos de la Parte Especial, por lo que su formulación ha obedecido a una tipificación autónoma por parte del legislador, en razón de determinados deberes de relevancia para la conservación y protección de ciertos bienes jurídicos. Es un "dejar de hacer algo que ordena la ley", en este caso, la omisión no se identifica con la inactividad. (Peña Cabrera Freyre, 2011)

La responsabilidad del agente de una conducta omisiva se resuelve aplicando la teoría de "la acción esperada", es decir, se deduce la responsabilidad del autor por haber omitido la realización de "algo exigido". En ese orden de ideas, se concluye que el delito de omisión de asistencia

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

2.2.4.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

El bien jurídico que se pretende tutelar al tipificar este ilícito, es el deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí. Aquel deber se entiende como la obligación que tiene el obligado, de cumplir con los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de su familia.

En esta línea, Bramont-Arias y García, citando a Muñoz Conde, Bustos Ramírez, Cobo del Rosal y Soler, afirman que el bien jurídico que se protege es la familia, pero no toda la familia sino, específicamente deberes de tipo asistencial, donde prevalece aún más la idea de seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia.

De igual manera, la jurisprudencia nacional (EXPED. N° 2612-2000) (Rojas Vargas, 2002), ha establecido que el bien jurídico protegido en este ilícito penal, es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial, como obligación de los padres con sus descendientes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 102º del Código de Los Niños y Adolescentes.

2.2.5.- TIPICIDAD OBJETIVA:

2.2.5.1. - ACCIÓN PENAL:

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

El legislador, al elaborar el tipo penal ha utilizado el término "resolución" para dar a entender que comprende tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que se fija en el inicio del proceso o inmediatamente de iniciado, en el favor del beneficiario. En efecto, basta que se omita cumplir la resolución judicial debidamente emitida y puesta en su conocimiento al agente, para estar ante una conducta delictiva. Es un delito de peligro. La víctima no requiere probar haber sufrido algún daño con la conducta omisiva del agente. Es suficiente que se constate que el obligado viene omitiendo dolosamente su obligación de asistencia establecida por resolución judicial, para perfeccionarse el ilícito.

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

doctrina se denomina “Condición Objetiva de Punibilidad”, que según **MARTÍNEZ PÉREZ** (San Martín Castro, 2006), se fundamenta en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito, es decir son aquellas circunstancias que están en conexión con el hecho, que pertenecen al complejo del hecho en su conjunto. La ausencia del Proceso de Alimentos, es decir de la condición objetiva de punibilidad, niega la existencia del delito, determina la impunidad del autor.

Así mismo, es necesario que el obligado deba tener pleno conocimiento de aquel proceso sobre alimentos, es más, éste debe tener conocimiento, por medio del acto procesal de la notificación, del monto de la pensión alimenticia mensual y el plazo en que debe cumplirlo.

En efecto, si se llega a establecerse que el obligado nunca conoció la existencia del proceso sobre alimentos, o en su caso, nunca se le notificó el auto que le ordena pagar la pensión alimenticia, no aparecerían los elementos consecutivos del hecho punible de omisión de asistencia familiar; puesto que, el delito en análisis es doloso, y si el supuesto autor no tuvo conocimiento de la existencia del proceso, del monto de la pensión alimenticia, no habría actuado dolosamente, por lo tanto su actuar devendría en atípico, por ausencia del tipo subjetivo.

Así mismo, no se configura el delito de omisión de asistencia familiar si la resolución judicial que ordenaba el pago de una pensión alimenticia mensual fue revocada o dejada sin efecto.

2.2.5.2.- SUJETO ACTIVO:

Por su parte, “sujeto activo” es quien realiza la acción típica, en cuanto descripción formal del tipo penal, quien configura el tipo penal de común idea con los alcances normativos del injusto en cuestión, sin necesidad de

distinguir grados de aportación delictiva, es autor en sentido lato o extenso, conforme al estado literal de los tipos de la Parte Especial del CP. (Peña Cabrera Freyre, 2011)

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

Mayormente el agente de este delito tiene relación o parentesco con el agraviado. En efecto, el sujeto activo puede ser el abuelo, el padre, el hijo, el hermano, el tío, respecto de la víctima; así mismo, puede ser el cónyuge respecto del otro; o finalmente, cualquier persona que ejerce por mandato legal, una función de tutela, curatela o custodia, pero siempre con la condición de estar obligado a pasar pensión alimenticia en mérito a una resolución judicial.

2.2.5.3.- SUJETO PASIVO:

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

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

Ahora, existe mucha confusión por parte de algunos operadores jurisdiccionales, al establecer como agraviado a la madre de un menor alimentista, sin que le hayan considerado como beneficiaria de una pensión alimenticia, debiendo aclararse que la madre sólo actúa en representación del menor, más no debe considerarse como agraviada; salvo, como se mencionó, que también haya sido considerada como beneficiaria de una pensión alimenticia, con una Resolución Judicial firme.

2.2.6.- TIPICIDAD SUBJETIVA:

Se sostiene que dogmática y legalmente el delito de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito de carácter necesariamente doloso, por lo que no se admite bajo ninguna posibilidad la comisión de este delito por mera imprudencia o culpa del hechor, entendida ésta (la culpa) cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del hechor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. En buena cuenta, actuará con culpa el que causa daño sin propósito de hacerlo.

En el caso del delito en comento, necesariamente el agente tiene perfecto conocimiento del hecho que se le imputa. Se dice esto porque antes de recurrir a la vía penal ambos sujetos procesales han tenido una relación necesariamente civil, en la que se ha establecido bajo sentencia debidamente motivada el porqué y el para qué del señalamiento de la

pensión alimenticia con la que debe contribuir el demandado, y todo esto debe tener pleno conocimiento el denunciado, por medio del acto procesal de la notificación, de lo contrario estamos ante un hecho atípico.

2.2.7.- PENALIDAD:

El delito de Omisión a la asistencia Familiar se encuentra regulado en su artículo 149 del Código Penal en el cual se realizará un análisis de cada párrafo del presente artículo, empezando por el primer párrafo el cual prescribe que:

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

*“El comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito, consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una Resolución Judicial, siendo un delito de Omisión Propia, donde la norma de mandato consiste en una obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia”. Es así que conociendo su deber jurídico, se le requiere mediante resolución judicial, para que cumpla con la obligación del pago alimentario y no obstante ello persiste en su incumplimiento, por lo que se penaliza su conducta omisiva ante la resistencia a la autoridad judicial, en aplicación al artículo trescientos sesenta y ocho del Código Penal. En este injusto penal, no es permitido el pago parcial del deber jurídico que corresponde al pago alimentario por parte del agente, para que quede sin efecto, dicho pago debe ser total, de lo contrario procede la acción penal por omisión al deber impuesto no cumplido; “como señala **TAPIA VIVES** “Si se permite el pago parcial o tardío*

de la obligación alimentaria, se debilitaría en gran medida la pretensión de prevención general positiva inminente que se intenta conseguir a través de la pena”.

Haciendo un análisis al segundo párrafo del artículo antes citado el cual prescribe que “En el caso que el agente haya simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

Las conductas típicas en este párrafo son: simulación de obligaciones de alimentos, renuncia maliciosa, y abandono malicioso del trabajo. En este supuesto, de falsedad o engaño tanto el agente como el cómplice tiene responsabilidad penal, siendo común también que el obligado se presente como una persona incapaz de satisfacer su propia obligación alimentaria y así poder sustraerse de la misma. Es un hecho conocido por todos la existencia de un alto porcentaje de procesos sobre este delito y usar todos los recursos posibles para evadir responsabilidades operadores de la justicia.

Según el tercer párrafo prescribe que “Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieran ser previstas, la pena no será menor de dos años ni mayor de cuatro, en caso de lesiones graves, y no menor de tres ni mayor de seis en caso de muerte”.

Lo antes expuesto, constituyen agravantes, que corresponden al primero y segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal. El párrafo tercero, es bastante polémico, porque en la realidad social es frecuente el abandono de los hijos por parte de los padres y familiares, sin embargo a la sede judicial, no acuden todos los casos y si presentan la incidencia estadística, no es representativa especialmente del número de niños abandonados, a consecuencia de esta realidad, siendo miles de personas en que se encuentran en extrema pobreza al ser abandonados por las personas

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

El delito de Omisión a la Asistencia Familiar dura mientras persista el deber a la asistencia familiar y por ello se dice que es un delito permanente, sólo deja de serlo si se cumple en forma total el deber jurídico impuesto. (Ruiz Pérez, 2017)

2.3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

2.3.1.- SEGÚN LA DOCTRINA:

Ante la falta de definición de este principio, la doctrina ha hecho un esfuerzo por delimitar sus alcances. **JEAN ZERMATTEN**, presidente del Comité de los Derechos del Niño, ha profundizado sobre el tema y empieza su artículo al respecto mencionando que cuando en la Convención sobre los Derechos del Niño se une las palabras “interés” y “superior” opta por enfatizar que el fin último es el bienestar del niño.

El interés superior del niño es un principio de interpretación jurídica fundamental desarrollado para limitar la extensión de la autoridad de los adultos sobre los niños. Tiene como base el reconocimiento de que un adulto sólo puede tomar decisiones por un niño y adolescente debido a la vulnerabilidad propia de su falta de experiencia y juicio.

Para **MIGUEL CILLERO**, el Interés Superior del Niño, no es simplemente un principio jurídico, sino que además, es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva. El mismo autor, hace referencia a **RONALD DWORKIN**, cuando indica que, “El Interés Superior del Niño es un principio que tiene un rol jurídico definido como prescripción imperativa de considerarlo de forma primordial, limitando así a la autoridad a la cual va dirigido”. Asimismo, Cillero manifiesta que, es imprescindible determinar cuál

es la interpretación exacta a la que debe arribar dicho principio, ello con la finalidad de exterminar aquella interpretación arbitraria en la toma de decisiones estableciendo así un límite claro. Es por eso que, el mencionado autor, explica que la aplicación del principio del Interés Superior del Niño, siempre ha de tomarse como un mecanismo que garantice la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos.

Para **JEAN ZERMATTEN**, el Interés Superior del Niño, tiene dos funciones generales, la de controlar y como un criterio de solución. Primero, alega que el Interés Superior del Niño sirve para asegurar la efectiva ejecución de los derechos y obligaciones respecto de los niños. Y segundo, que el interés superior del niño, debe servir para ayudar a las personas facultadas a tomar decisiones en relación a los niños y tener que inclinarse por la posición que convenga más al niño.

Del mismo modo, desarrolla algunas características las cuales son:

- a)** Constituye un principio de interpretación, más no un derecho subjetivo.
- b)** Impone una obligación a los Estados.
- c)** Se toma en cuenta como un todo, respecto a la Convención de los Derechos del Niño.
- d)** El concepto del Interés Superior del Niño es un concepto indeterminado, que debe ser establecido por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación.
- e)** Tiene un criterio determinado, según al tiempo y al espacio.
- f)** La noción del criterio del niño es evolutiva, conforme a los avances del conocimiento que se vienen implementando.

2.3.2.- SEGÚN LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (PRINCIPIO 2)

El Niño Gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. (Gamarra Rubio, 2004)

Actualmente, es preocupación de todos los Estados a nivel mundial, intentar conseguir que sus sistemas de justicia respecto al menor, se adecuen a las normas internacionales de derechos humanos. Sin embargo, hoy en día, muchos Estados han podido lograr incorporar los principios internacionales, que reconocen los derechos de los niños, en su propia legislación y políticas nacionales y el resultado ha sido que varios Estados han reformulado su legislación en materia de justicia de menores. Y cada vez más, las personas que intervienen en la administración de justicia están siendo capacitadas para que puedan aplicar correctamente dichos principios internacionales.

Según el preámbulo, de la Declaración de los Derechos del Niño, dicha norma se funda en consideración de que el niño, por la falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Es por ello que se proclama dicha Declaración, con el objetivo de que el menor de edad, pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncia e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan

esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.

En el Principio dos establece que, “El niño debe de gozar de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertades y dignidad.”, del segundo párrafo, de la Declaración, se enuncia: “Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Del primer párrafo se colige que el niño, al no encontrarse en condiciones de poder auto-determinarse, es necesario que se le brinde la debida protección especial al niño, de esa manera el Estado tiene la obligación de hacer que el niño pueda disfrutar de todas las oportunidades y servicios que éste pueda otorgar, cuando emita una norma o alguna medida que involucre a un menor.

Respecto a la protección del niño y a las medidas para lograr aquella protección, rige el principio del Interés Superior del Niño, que se basa en la dignidad misma del ser humano, y tomando las características que menor, y en la gran necesidad de favorecer el desarrollo pleno de éstos, empleando sus potencialidades. Es por ello que, la Declaración señala claramente que, cuando el Estado en su labor legislativa, intente emitir una norma que involucre al niño, ya sea con la finalidad de incentivar su desarrollo físico, moral, mental, espiritual o social, siempre debe de reflexionar respecto a si dicha decisión, beneficiará al niño, o en todo caso, como explica Zermatten al respecto, la noción de largo plazo debería resultar ser una noción que acepte la afirmación en la ejecución del interés superior del niño, no aquí y ahora, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro. Además, el Estado al momento de evaluar qué es lo que debe hacer, o si es que está considerando el interés superior del niño en el acto que lleve adelante, debería incluir la valoración de que la decisión que se esté adoptando sea de aquellas que permitan el desarrollo de la autonomía

personal de manera tal que la decisión adoptada con fundamento en el interés superior del niño, no interfiera en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos. Por lo que, es evidente que dicho mandato está dirigido al Estado, como una consideración obligatoria y previa a cualquier acto que éste realice.

2.3.3.- SEGÚN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ARTÍCULO 3)

La Convención sobre los Derechos del Niño, que está conformada por muchos Estados miembros, en la actualidad se le reconoce como el principal tratado vinculante en el que se desarrollan todos los derechos convenidos por los gobiernos a favor de los menores, aquello es la consecuencia de muchos años de reflexión, al buscar la manera de salvaguardar los derechos del niño. Por otra parte, la Convención, ha albergado a muchos Estados, a los que obliga a acatar todos los preceptos normativos e inclusión de mecanismos necesarios referentes a la ejecución de todos los derechos fijados en la Convención, dígame de paso, el Perú la suscribió el 26 de enero de 1990, y fue aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278 el 03 de Agosto de 1990.

Al respecto del Interés Superior del Niño, la Convención lo regula en su artículo 3, mencionando que: *“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

En la Convención, a diferencia de la Declaración, ya se trata de especificar a quienes va dirigido el mensaje de tomar en cuenta el principio del interés superior del niño, de modo que, quien intente sustentar su

posición respecto a algún acto de gobierno o un acto privado, debe de velar por el bienestar del niño, en base a dicho principio supremo. Por ello se señala, que todas las medidas concernientes al menor, deben de estar fundadas en la consideración del interés superior del niño, se cree que es el derecho a desarrollarse íntegramente dentro de seno de una familia, en un ambiente de felicidad, comprensión, amor y dentro de un Estado justo y sin discriminación, y en paz. Corresponde a este Estado dispensar sobre los Derechos del Niño, en su cuadragésima cuarta Asamblea de las Naciones Unidas.

Corresponde a este Estado dispensar al niño la protección debida en situaciones especiales. En todo caso es darle “Bienestar”. Para **CILLERO**, la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella. Entonces, el artículo tres de la Convención constituye un principio, al que el Estado debe tomar una consideración especial y primordial, para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés superior del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquiera otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino porque, en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Se entiende entonces que el interés superior del niño, al ser un principio rector y fundamental, son impuestos a todas las

autoridades e instituciones públicas y privadas, y ello debe ser ejecutado en obligatorio cumplimiento.

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado

que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (Cardona LLorens, 2018)

Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.

El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad. La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Con respecto a las medidas de aplicación, para que el

interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así como al aplicar esas disposiciones legislativas y esas políticas en todos los niveles, se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o asignación presupuestaria en los niños y el disfrute de sus derechos, y de evaluación de los efectos sobre los derechos del niño, con miras a juzgar las consecuencias reales de la aplicación. (ramosdavila.pe, 2017)

2.3.4.- SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Si bien la Constitución Política del Perú, no hace mención expresa, al principio del Interés Superior del Niño, sin embargo está claro que dicho principio se encuentra inmerso en nuestro ordenamiento jurídico, tanto así que el propio intérprete máximo de la Constitución, ya se ha pronunciado al respecto, indicando que, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional que se encuentra implícito en el artículo 4 de la Carta Magna, donde se establece que, *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”* (Derecho USMP, 1993)

Se explaya al mencionar que aquel contenido se encuentra reconocido por los distintos cuerpos normativos internacionales, de los cuales el Perú ha incluido dentro de su ordenamiento jurídico.

Para el Tribunal Constitucional, el interés superior del niño y del adolescente, es una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Asimismo, aclara que, “la protección especial al niño, que se hace referencia, debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respecto de sus derechos durante el proceso. Es así que, tal atención debe ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”. Agrega también, que “el interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”.

2.3.5.- SEGÚN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

En nuestro vigente Código de los Niños y Adolescentes, el principio del interés superior del niño, está establecido en el artículo IX del título preliminar, donde se enuncia: *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*. El profesor **CHUNGA LAMONJA**,

hace alusión al Instituto Interamericano del Niño, en el cual se define el término “interés” como aquello que promueve la ejecución de acto, sin embargo, el interés superior que deben de tener los poderes del Estado, el Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Locales, y todos los miembros de la comunidad, es el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las tres características, que son: amor, comprensión y felicidad.

De modo que, está claro que nuestro marco legal peruano, acoge de manera dedicada y fundamental el principio del interés superior del niño, siendo respetuoso de los acuerdos internacionales que formamos parte, con el objetivo de brindar una protección integral a todos los derechos reconocidos a los niños, y de esa manera el Estado peruano se compromete a promover y garantizar la efectiva ejecución de los derechos del menor, en base al deber de inspiración del interés superior del niño.

Así **ROJAS SARAPURA**, al comentar el citado código, refiere que, el interés del niño prima sobre los de otras personas o instituciones, y su interpretación debe favorecer la preservación de los derechos del niño y su protección especial que necesitan los mismos, debido a su vulnerabilidad y limitada madurez. (García Sanchez, 2017)

2.3.6.- SEGÚN LA LEY N° 30466 – “LEY QUE ESTABLECE PARÁMETROS Y GARANTÍAS PROCESALES PARA LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”.

2.3.6.1. DEFINICIÓN (ARTÍCULO 2).

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

2.3.6.2. PARÁMETROS DE APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (ARTÍCULO 3).

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo. (El Peruano, 2016)

2.3.6.3. GARANTÍAS PROCESALES (ARTÍCULO 4).

(Legis.pe, 2017). Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.

3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

2.4.- CONCEPTOS A TENER EN CUENTA

2.4.1.- CLASES DE PENA SEGÚN CÓDIGO PENAL PERUANO:

Nuestro Código Penal, en su artículo 28 regula las clases de pena que acoge nuestro país, en las que se encuentran las siguientes:

- ✓ Pena Privativa de Libertad que son: las determinadas y cadena perpetua.
- ✓ Pena Restrictiva de libertad que son: expatriación y expulsión del país.
- ✓ Pena limitativa de derecho que son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.
- ✓ Pena de multa, que pueden ser principales o accesorias.

2.4.2.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA:

La suspensión de la ejecución de la pena reposa sobre la idea de que en ocasiones el internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario puede resultar contraproducente por exponerle al contagio de una criminalidad de mayor gravedad, frente a lo cual se busca que la declaración de la pena cumpla efectos de una reconvención a ser complementada en sus finalidades preventivo-especiales y generales con la necesidad del cumplimiento de determinadas reglas de conducta durante un periodo de prueba, que de inobservarse pueden conducir a la efectividad de la pena impuesta.

Si por un lado, existen razones de prevención general que obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual y, por otro lado, la necesidad de evitar la desocialización del condenado empuja a limitarla, de la combinación de ambos criterios resulta un planteamiento que tiende a reducir las dimensiones de la pena de prisión tanto por su máximo como por su mínimo, esto es, a prescindir de las penas de prisión excesivamente largas y también de las excesivamente cortas.

En cuanto a las penas privativas de corta duración, resultan cuestionadas por razones que son contrarias a la reinserción del condenado, aunado a su nula eficacia, puesto que la prisión de corta duración carece prácticamente de efecto preventivo-general por su escasa gravedad y, al mismo tiempo, no resulta suficiente para que el tratamiento surta efectos rehabilitadores.

De ahí que se apueste por una política criminal que ofrezca al autor cumplir determinadas reglas de conducta en libertad, a cambio de su reclusión por un tiempo corto en la cárcel. Existe aquí un doble incentivo mediante la sustitución de la cárcel: a favor del sentenciado, quien estará

estimulado a comportarse bien, y hacia la sociedad, que estará más predispuesta a aceptar al sentenciado por no haber pisado la cárcel.

El profesor **ZAFFARONI** (Zaffaroni, 1983) ha referido, que “la condena condicional se funda en el reconocimiento del carácter perjudicial y criminógeno de las penas cortas privativas de libertad y en la consiguiente necesidad de evitarles”.

a) SEGÚN EL CÓDIGO PENAL

Artículo 57° - Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del código. (Código Penal, 2017)

2.4.3.- REGLAS DE CONDUCTA EN UNA PENA SUSPENDIDA:

Las reglas de conducta, están estipulada en el artículo 58 del Código penal, y no acarrearán al sentenciado ninguna carga.

Las reglas de conducta son:

- Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- Comparecer personal y obligatoriamente ante el Juzgado para informar y justificar sus actividades;
- Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
- Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;

2.4.4.- REINCIDENCIA

2.4.4.1.- DEFINICIÓN:

(Definición.de, 2017). En este sentido, podemos exponer que deriva del latín, ya que es fruto de la suma de dos componentes de dicha lengua:

- El prefijo “re-”, que se usa para indicar repetición u otra vez.
- El verbo “incidere”, que puede traducirse como “repetir”.

La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior.

Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones:

1. Cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o
2. Cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley. (La Ley en el Perú, 2014)

Son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia. Para **CABANELLAS** “Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad”

Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley. Coincidiendo con **AMADO EZAINE** respecto a la Reincidencia, diremos que es la “recaída en el delito

Determinado sector doctrinal en donde encontramos a **CARRARA**, **ROSSI** y otros, la reincidencia constituye una circunstancia agravante para la responsabilidad, criterio recogido por la mayoría de las legislaciones; mientras que Carmignani, Merkel y Mittermaier, niegan la procedencia de la agravación. Y no faltan penalistas (Bucellati y Kleinschrod) que afirman que debe considerarse como causa de atenuación; ya sea porque la repetición

del delito obedece a una disminución de la imputabilidad, ya sea porque es repetición se deriva de fallas en la organización social y de los malos sistemas penales y penitenciarios.

JIMÉNEZ DE ASÚA considera que la reincidencia constituye un concepto tendiente a desaparecer, para ser substituido por el de la habitualidad; y de ahí que no deba reputarse como circunstancia ni de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que demuestra que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales. Ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo. (Tantaléan Odar, 2018)

2.4.4.2.- TIPOS DE REINCIDENCIA:

➤ **REINCIDENCIA ESPECÍFICA:** Es la circunstancia agravante de reincidencia, por antonomasia. La repetición de igual delito o de otro tan parecido que figure en el mismo título del código, contraria así a la especialización delictiva.

➤ **REINCIDENCIA GENÉRICA:** La impropia, la agravante de reiteración, donde existe repetición en el delito, pero variedad en la especie; por ejemplo, una vez se robó y en otra se incurrió en cohecho. (Atto Mendives, 2010)

2.4.4.3.- REINCIDENCIA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL

Artículo 46-B.- Reincidencia.

“Reincidencia El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los artículos 107°, 108°, 108°-A, 108°-B, 108°-C, 108°-D, 121°-A, 121°-B, 152°, 153°, 153°-A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 195°, 200°, 297°, 317°-A, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo. (El Peruano.pe, 2015)

2.4.4.4.- REINCIDENCIA SEGÚN LA LEY N° 28726 “LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 46, 48, 55, 440 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Según el primer párrafo del artículo 2, de la citada ley define la reincidencia de la siguiente manera:

“Aquel que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados. (Congreso de la República, 2006)

2.4.5.- HABITUALIDAD

2.4.5.1.- DEFINICIÓN:

En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros.

Para considerar una persona habitual, es necesario determinar que los hechos se encuentren debidamente aprobados a través de una sentencia, aunque esta, por su propia naturaleza, tiene que ser de carácter suspendida, para diferenciarla de la reincidencia. Es decir, solo puede ser considerado un hecho punible, así cuando lo haya declarado un órgano jurisdiccional. Si bien la reserva del fallo condenatorio se encuentra toda la estructura de una sentencia, no se emite el fallo, por lo que esta no debería de considerarse.

A juicio del Colegiado la habitualidad no es inconstitucional por cuanto esta no supone necesariamente que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor de pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. La reeducación, la reincorporación y la resocialización no son los únicos fines de la pena sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos.

2.4.5.2.-HABITUALIDAD SEGÚN EL CÓDIGO PENAL

Nuestro código penal prescribe la habitualidad en su artículo 46°-C.

Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107°, 108°, 108°-A, 108°-B, 108°-C, 108°-D, 121°-A, 121°-B, 152°, 153°, 153°A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 195°, 200°, 297°, 317°-A, 319°, 320°, 321°, 322°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441° y 444°, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados. (El Peruano, 2013)

2.4.5.3.-HABITUALIDAD SEGÚN LA LEY N° 28726 “LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 460, 480, 550, 4400 Y 4440 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 1350 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Según el segundo párrafo del artículo 2, de la citada ley define la reincidencia de la siguiente manera:

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

2.5.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.

El delito de incumplimiento de obligación alimentaria pretende resguardar el derecho fundamental a los alimentos, ello dado que el derecho a los alimentos se configura como un mandato de optimización prioritaria en tanto se relaciona con el principio de interés superior del niño, niña y adolescentes, que como lo establecido el tribunal constitucional, exige tener en cuenta que “...*en todo proceso judicial en que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niño o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben de procurar una atención especial y*

prioritaria en su tramitación..” y procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso debiendo tenerse en cuenta que “en todo los casos de alimentos en donde se demandan el cumplimiento de una obligación alimentaria por parte del obligado existe el interés de un menor de edad que debe de ser protegido prioritariamente”.

En este sentido se ha venido resaltando en la jurisprudencia y la doctrina distintos pronunciamientos en los que se enfocan como finalidad del delito de incumplimiento de obligación alimentaria en razón a la optimización prioritaria del derecho alimentario lograr el cumplimiento de su pago para con los beneficiarios, asimismo a manera de acotación tenemos que distintos estudios consideran que el incumplimiento alimentario se trata de un problema cultural, en la cual la mayoría de los demandados son por lo general padres de familia, toda vez que las relaciones de familia se han visto afectadas y ocurre un desentendimiento de este respecto a sus obligaciones de distintos tipos con los miembros de sus familia, como lo son su esposa y sus hijos, dentro de los cuales se encuentra la obligación alimentaria, lo cual suele ir acompañado también de problemas de distinto tipos, propios del conflicto familiar de pareja, entre muchos otros que son de concurrencia frecuente y hacen el problema realmente complejo y que puede ser enfocado desde distintas perspectivas.

2.6.- CONTROL DIFUSO EN RELACIÓN AL INCISO 3 DEL ARTICULO 57 DEL CÓDIGO PENAL COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Para realizar un análisis de este punto citaremos un ejemplo real de un caso del delito de omisión a la asistencia familiar, recaído en el expediente 1855-2013-32-2501-JR-PE-04., tramitado ante el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Chimbote, en los seguidos contra Richard Marcos Dulce Collantes.

Partimos del supuesto de que pese a que una persona ha sido requerido judicialmente en un proceso de alimentos para cumplir con el pago de las pensiones alimenticias devengadas a favor del agraviado (quien es su menor hijo), habría incumplido dolosamente con ello, y en virtud de ello y valorando sus condiciones personales así como las circunstancias del caso, se le impuso 3 años de pena privativa de libertad, toda vez que tenía la condición de reincidente, por lo que se dispuso de que dicha pena tendría la calidad efectiva y no suspendida, ello de conformidad con el inciso 3 del artículo 57 del código penal, el cual señala que para la suspensión de la ejecución de la pena el sentenciado no tiene que ser reincidente.

La cuestión en análisis radica en determinar si a pesar de la condición de reincidente del sentenciado, esto es el incumplimiento del artículo antes mencionado podría disponerse de todos modos la suspensión de la ejecución de su pena privativa de libertad impuesta atendiendo a que en este caso 1.- El sentenciado a la fecha ya ha cumplido con el pago total de las pensiones devengada, así como la reparación civil y 2.- Que como consecuencia de la privación de libertad del sentenciado podrían devenir consecuencias más lesivas que de estar en libertad dado que al privársele de la misma se le impediría continuar laborando y pasando alimentos al agraviado alimentista.

Para resolver dicha cuestión, en tanto en lo que se pretende, es puridad, la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, que establece como requisito para poder suspender la ejecución de la pena de un sentenciado, que no tenga la condición de reincidente o habitual; el camino jurídico a emplear es la posibilidad de aplicar un control difuso de la citada disposición normativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución, y demás normas complementarias, que tiene cabida, cuando una disposición normativa legal, contraviene, en un caso concreto, las normas, los principios o valores de la Carta Fundamental, prefiriendo en

su aplicación, estas últimas respecto de la disposición normativa de inferior jerarquía.

Es claro que resulta una cuestión preferente, el asegurar la optimización del derecho de los alimentistas, logrando el cumplimiento de las pensiones no pagadas. Para este efecto, distintas instituciones del derecho penal y disposiciones legales, se constituyen en mecanismos que permiten asegurar la satisfacción del derecho alimentario vulnerado de una mejor manera de como lo haría la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, de entre dichas instituciones se encuentran la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio, que suponen restricciones dinámicas y más flexibles a los derechos fundamentales con los cuales puede lograrse incoar al imputado al cumplimiento efectivo de las pensiones alimenticias adeudadas, como al prescribir su cumplimiento como una regla de conducta por cuyo incumplimiento, puede revocarse la suspensión de la pena o de la reserva del fallo en su caso, con la amenaza en la efectivización de la pena. Determinar sin más una pena privativa de libertad efectiva para estos casos, podría generar consecuencias no deseadas de distinto tipo que por el contrario juegan en contra del derecho que se pretende tutelar. Ya que de no tener alguna otra posibilidad de ingresos además de su trabajo, como es el caso del imputado, quien tiene grado de instrucción hasta secundaria completa y es de oficio comerciante menor, no es estimable que durante el mismo, pueda agenciarse de recursos que le permitan cumplir con sus obligaciones alimentarias correspondientes a dichos periodos; en ese caso, se genera un perjuicio a los alimentistas que además, por acumulación, podría causar en el futuro, la generación de un sucesivo incumplimiento de pensiones por los periodos en que el imputado no puede volver a cumplir su obligación alimentaria y eventualmente, se irían agravando en el tiempo de su privación de libertad haciendo imposible la corrección de su conducta con los pagos que hubiera podido hacer a favor de los agraviados y abandonado así también el derecho

de estos últimos a ver satisfecho sus derechos, teniendo únicamente como fin alcanzado, la encarcelación del obligado, lo cual no soluciona ni recomponen manera alguna su conflicto.

En consecuencia, se tiene que el requisito de la no condición de reincidente que establece el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, al impedir la suspensión de la ejecución de la pena en el presente caso, predisponiendo así la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, resulta una restricción desproporcionada, por lo cual, en aplicación del artículo 138 de la Constitución, y demás normas complementarias, debe aplicarse el control constitución difuso de la disposición normativa, implicándola al caso concreto en preferencia de la constitucional de la proporcionalidad.

En este sentido estando a que el sentenciado ha cumplido con la totalidad, de las pensiones alimenticias adeudadas y la reparación civil, se cumplen las demás condiciones para que se le otorgue la suspensión de la ejecución de la pena; por lo que, debe revocarse la sentencia en el extremo que se le impone una pena privativa de liberta efectiva, reformándolo, y se dispone la suspensión de la ejecución de la pena del sentenciado, bajo reglas de conducta.

III.- LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1.- EL CONTROL DIFUSO:

3.1.1.- EL CONTROL DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

El Control Difuso encuentra su sustento constitucional en los Artículos 38°, 51° y segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución de 1993, los cuales señalan:

Artículo 38°.

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 51:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

3.1.2.- EL CONTROL DIFUSO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Al hacer una revisión de dicha norma legal, encontramos que el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional hace referencia al Control Difuso e Interpretación Constitucional, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional.

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

3.2.-OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

(Codigo Penal, 2018)El Artículo 149 del código penal prescribe:

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

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

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

3.3.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

3.3.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 4.-

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

3.3.2.- CÓDIGO DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

Artículo IX del Título Preliminar:

(Rojas Sarapura W. R., 2009) Interés superior del niño y del adolescente En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

3.3.3.- LEY Nº 30466 – “LEY QUE ESTABLECE PARÁMETROS Y GARANTÍAS PROCESALES PARA LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”.

Artículo 2

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

3.4.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

3.4.1.- CÓDIGO PENAL

Se encuentra regulado en el artículo 57°.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
1. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
2. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del código. (Código Penal, 2017)

IV.- JURISPRUDENCIA

✓ **Expediente N° 1855-2013-32-2501-JR-PE-04, seguido por el Segundo Juzgado Unipersonal, por el delito de omisión a la asistencia familiar, seguido contra Richard Marcos Dulce Collantes, en agravio del menor Maycol Dulce Rodríguez.**

En la audiencia de juicio oral, de fecha 08 de junio del 2016, mediante resolución N° 08, de fecha 08 de junio del 2016, el referido Juzgado resolvió condenar al acusado Richard Marcos Dulce Collantes, a tres años de Pena Privativa de Libertad Efectiva, debiendo cumplirla en el Establecimiento Penitenciario de Cambio Puente, fijando como monto de reparación civil la suma de S/. 300.00 soles, a favor del agraviado Maycol José Dulce Rodríguez, el cual fue cancelada en forma íntegra.

Según Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante sentencia de Vista, emitida con resolución N° 10, de fecha 09 de mayo del 2017, el abogado del sentenciado Richard Marcos Dulce Collantes, apela puntualmente la condición de la pena impuesta de carácter efectivo, quien pretendió cambiar su reforma por la suspensión de la ejecución, alegando para tal efecto que el sentenciado cumplió en la etapa de juzgamiento con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas y la reparación civil, indicando que al dejar al sentenciado en prisión, sería perjudicial para el agraviado, ya que no podría trabajar y así agenciarse de los medios para pasarle alimentos. Visto el debate en la audiencia de apelación, la Primera Sala Penal de

Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución N° 10, de fecha 09 de mayo del 2017 resolvió: 1.- Inaplicar al presente caso el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal; 2.- Disponer se eleve a Consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en caso no fuese interpuesto Recurso de Casación; 3.- Declaró fundada la apelación a favor del sentenciado Richard Marcos Collantes; y en consecuencia se revocó el extremo apelado de la sentencia, y reformándolo: se Dispuso la Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a 3 años, por un periodo de prueba de 2 años, bajo las siguientes reglas de conducta: a) Se prohíbe al sentenciado ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez; b) Se le impone la obligación de comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado para informar y justificar sus actividades una vez al mes, precisamente, referente a las deudas alimentarias con las que cuenta, y las acciones que viene realizando para poder cumplir con las mismas, asegurando el cumplimiento de las necesidades del alimentista; c) Continuar cumpliendo diligentemente su obligación alimentaria para con el alimentista. En caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta señaladas, se le revocará la pena suspendida tal como lo establece el artículo 59, inciso 3 del Código Penal. Asimismo la suspensión será revocada automáticamente si dentro del plazo de prueba, es condenada por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea mayor a 3 años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del citado cuerpo legal.

El Ministerio Público interpuso Recurso de Casación, a la sentencia de vista contenida en la resolución N° 10, de fecha 09 de mayo del 2017, que aplicando control constitucional difuso previsto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inaplica al

presente caso concreto el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, él mismo que se elevó a consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, generándose el número de consulta 10333-2017, él mismo que con fecha 19 de junio del 2017, hace un análisis sobre el control constitucional difuso, como marco general del tema materia de consulta, teniendo presente que este control constitucional de las leyes consisten en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, asimismo en el caso materia de consulta la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica para resolver el caso realiza los siguientes fundamentos:

Toda vez que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debe ser concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso y que contiene el siguiente enunciado: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de menor jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.

A manera de acotación, podemos decir que el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia de fecha seis de agosto del dos mil dos, dejó establecido:“(…) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez. El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir

la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objetivo de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada institucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el Juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.

La Suprema Sala con fecha trece de marzo del dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, mediante la Consulta N°13825-2015- DEL SANTA, señalando que “debe ser inaplicado en tanto que la pena privativa de libertad efectiva – para el presente caso no asegura que pueda generar una verdadera prevención en el futuro; siendo que para los alimentistas puede generarse el riesgo de que se limiten las posibilidades de que el imputado pueda continuar cumpliendo con sus pensiones alimentarias, con lo cual la aplicación de dicha norma al caso

concreto no supera el sub principio de idoneidad del conocido test de proporcionalidad; por cuanto no supera el perjuicio que pueda causarse al mismo bien jurídico al que se pretende tutelar”.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia materia de consulta, la Sala Suprema conviene precisar que según el Tribunal Constitucional *el test de proporcionalidad importa tres sub principios o elementos: 1.- Sub principio de idoneidad o de adecuación.-* De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. **2.- Subprincipio de necesidad.-** Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. **3.- Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.-** Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítimos, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados; la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

Por otro lado, al efectuar la test de proporcionalidad, que exige la última parte del artículo 200 de nuestra Norma Constitucional, así como también la de poner a buen recaudo los derechos del niño a percibir sus alimentos, en el marco de la protección del interés superior del niño y el

adolescente, asimismo se tiene que la norma penal inaplicada tiene como objetivo principal que en caso de reincidente, se evite que los mismos circulen por las calles, ello con la finalidad de salvaguardar a la sociedad por su peligrosidad, asegurando en principio la seguridad ciudadana, teniendo un efecto de resocialización del individuo, sin embargo al tratarse de un delito de bagatela, tal finalidad no resulta aplicable en el presente caso en particular, pues la privación de libertad impediría al condenado la oportunidad de agenciarse de medios económicos necesarios para cumplir con el deber legal y judicial de acudir con sumas de dinero a favor de su menor hijo para su manutención, resultaría opuesto al propósito de la propia sanción penal impuesta; ya que se pondría en riesgo la integridad del menor hijo del condenado, el mismo que se vería privado de la posibilidad de contar con medios que le permitan su alimentación, no pudiendo cumplir con el objetivo que se pretende tutelar, por lo que la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva no satisface el sub principio de idoneidad.

En el caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicadas en el caso en cuestión, de un lado, la norma constitucional que reconoce como derecho fundamental de la persona el interés superior del niño, y de otro lado, existe la norma contenida en el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, sin que sea posible obtener una interpretación de esta última norma que guarde armonía con el texto constitucional.

En tal sentido se advierte que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe de inaplicarse la primera y preferirse esta última. Por estas consideraciones la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, decidió, aprobar la sentencia contenida mediante resolución N° 10, de fecha 09 de mayo del 2017, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior

de Justicia del Santa, en el extremo que realiza el Control Difuso declarando inaplicable al caso, el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Richard Marcos Dulce Collantes, por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio del menor Maycol José Dulce Rodríguez. ***La misma se adjunta como anexo al presente trabajo.***

✓ **Cuadernno 0060-2015-0-0104-Jr-Pe-01, seguido por el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Condorcanqui de la Corte Superior de Justicia De Amazonas, contra de Carlos Alberto Paladines Salvador por la presunta comisión del delito contra la familia en su modalidad de omisión a la asistencia familiar en agravio de su menor hija de las iniciales H.K.E.P.S. representado por su madre Yria Sembrera Peña.**

En el referido expediente judicial, no fue posible superar en razón de que una vez determinada la pena por las partes de manera consensuada no existía otra posibilidad de desconocer el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, tanto más que resulta siendo un beneficio la suspensión de la pena mas no un derecho de un condenado, por lo que resulta imposible hacer una interpretación más riguroso posible, tomando en cuenta la redacción defectuosa del artículo 57 del Código Penal es contravenida al haberse creado una facultad y a la vez discrecionalidad para el Juzgador al momento de imponer la pena, sin tomar en cuenta de cual va ha ser el parámetro para determinar si se suspende o no la pena, si bien se ha considerado restricciones condicionadas a la suspensión de la pena sin tomar en cuenta que si la prevención general debe desplazar el objetivo de la prevención especial propio de la suspensión de la pena, dado que éste último requisito en análisis si bien ya fue tomado en cuenta al momento de determinar la pena para el caso en concreto como reincidencia, nuevamente para casos de delitos de omisión de asistencia familiar la prevención general no es la seguridad ciudadana ni mucho

menos dará lugar que la imposición de la pena efectiva hará que el condenado tenga que cumplir a partir de allí puntualmente su obligación como se ha dicho sino más bien la consecuencia inmediata será que pierda incluso el puesto de trabajo y por lo tanto sus ingresos que tenían para cumplir con sus obligaciones lo que se convertirá más bien en un acto de re-victimizará al menor agraviado menor H.K.E.P.S. de 04 años de edad que es el hijo del imputado en este caso lo que debe ser materia de protección en su calidad de niño(principio de interés superior de menor) conforme encierra el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política del Perú concordante con los derechos que tiene un menor de no ser re-victimizado conforme al artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, lo que indica que la reincidencia como una prohibición para suspender la pena contradice los objetivos del principio de legalidad que es la propia finalidad que es la prevención no está justificada dada su falta de necesidad en vista de que es eminentemente derivada de un derecho de obligaciones para tal efecto tomando en consideración que el mismo ha reparado el daño, en los delitos de omisión a la asistencia familiar la suspensión de la pena debe ser como una ocasión para rehabilitarlo socialmente al condenado, ya que el propio Estado reflexionando debe impedir que se reitere el delito respecto a las mismas partes, dado que un recluso jamás podrá pasar prestación alimentaria por el monto que a la fecha viene pasando en el proceso de prestación alimentaria lo que resulta siendo innecesaria recluir haciendo efectiva la pena y siendo más bien proporcional una pena suspendida.

Siendo esto así, en el presente caso resulta oportuno inaplicar el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal por contravenir el principio-derecho de dignidad de la persona, proporcionalidad y principio de resocialización del penado a la sociedad; para permitir que en el presente caso se suspenda la pena al condenado y así evitar el ingreso al

Establecimiento Penitenciario como producto de la efectivización de la pena privativa de libertad y optando por una pena suspendida, dada la inexistencia de peligrosidad ni mucho menos que se ponga en riesgo la seguridad ciudadana como fines de la prevención general.

RESOLVIO APROBAR el acuerdo de Terminación Anticipada postulada por las partes alcanzados en estas audiencias debidamente firmadas o suscritas, debiendo glosarse al expediente principal.

1. **CONDENO** a una pena de **TRES AÑOS Y OCHO MESES** de pena privativa de libertad a **CARLOS ALBERTO PALADINES SALVADOR**, con DNI N° 44990210, de treinta años de edad, como autor del delito contra la familia, en la figura de **OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR**, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 149° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.E.P.S. representada por su madre Yria Sembrera Peña; y **SUSPENDO** la **EJECUCIÓN DE LA PENA POR EL PLAZO DE TRES AÑOS** en inaplicación del inciso 3) del artículo 57 del Código Penal; a condición que el sentenciado cumpla con las siguientes reglas de conducta:

Fijo la **REPARACIÓN CIVIL** en la suma de **DOSCIENTOS NUEVOS SOLES** que han sido pagadas por el sentenciado a favor de la parte agraviada en la cuenta de ahorro para fines de alimentos, así como darse por cancelada la suma de **S/11,304.00** nuevos soles por concepto de alimentos devengados, la suma de S/200.00 nuevos soles que eran por concepto de reparación civil, y las mismas habiéndose cancelados, debiéndose remitirse las copias al proceso de alimentos Exp. N° 85-2011-0-0104-JP-FC-01. (pag. 13).

V.- DERECHO COMPARADO

REGULACIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y COMO SE SANCIONA

Dentro de los primeros textos legislativos que reconocieron el delito de abandono familiar o inasistencia a los deberes familiares podemos citar:

5.1.- ALEMANIA

El código penal alemán de 1894 señalaba: en su artículo 361. Será castigado con arresto:

El que por entregarse al juego, a la embriaguez o a la ociosidad llegare a un estado tal que obligare a las autoridades a acudir al auxilio ajeno para su subsistencia o para la de aquellos a cuya alimentación tuviere el deber de proveer. 10° El que hallándose en situación de subvenir a las necesidades de aquellos a cuya alimentación tiene el deber de proveer, se sustrajere a este deber, en tal forma, no obstante el requerimiento de la autoridad competente, que sea menester acudir por mediación de la misma al auxilio ajeno.

5.2.- BÉLGICA

Según el Código Penal Belga de 1867:

Artículo 360.- Serán castigados con prisión de diez días a dos meses y con multa de cincuenta a quinientos francos, o con una de estas penas solamente, sin perjuicio, si hubiere lugar, de castigar el hecho con penas más graves:

Los padres y madres legítimos, naturales o adoptivos que abandonen a su hijo en situación de desamparo, aun cuando no lo hubieran dejado solo, que se negaren a tomarlo en su compañía, o habiéndole confiado a un tercero se negaren pagar el sostenimiento del niño. Este

artículo fue modificado por la ley del 17 de enero de 1939 citada líneas arriba.

5.3.- BRASIL

En el Código Penal de 1890, el texto legal referido al abandono familiar era el siguiente:

Artículo 244.- Dejar sin justa causa de proveer a la subsistencia del cónyuge, del hijo menor de 18 años o incapaz para el trabajo, de un ascendiente inválido o valetudinario, no proporcionándoseles los recursos necesarios o faltando al pago de la pensión alimenticia fijada judicialmente; dejar sin causa justificada de socorrer al descendiente o ascendiente gravemente enfermo.

Pena: detención de tres meses a un año o multa de un conto a diez contos de ríes.

5.4.- FRANCIA

El texto de la ley del 07 de Febrero de 1924, modificada por ley del 03 de abril de 1928 para la represión del delito de abandono de familia, es el siguiente:

Artículo 1°.- Será culpable de abandono de familia y castigado con prisión de tres meses a un año o con multa de 100 a 2000 francos el que dejando de cumplir con una decisión pronunciada contra él en virtud del art. 7 de la ley de 13 de julio de 1907, o una ordenanza o de un juicio que le hubiere condenado al pago de una pensión alimenticia a su cónyuge , a sus descendientes o a sus ascendientes, hubiese voluntariamente dejado pasar más de tres meses sin suministrar los subsidios determinados por el juez, o sin pagar las cantidades de la pensión.

En caso de reincidencia se impondrá pena de prisión. Toda persona condenada por el derecho de familia, podrá ser privada de sus derechos cívicos.

5.5.- INGLATERRA

Ley británica “Act for the punishment of idle and disorderly persons and rogues and vagabonds” de 1824.

El que pudiendo proveer, por completo o parcialmente mediante su trabajo o por otro medio cualquiera, a sus necesidades o a las de su familia, y voluntariamente se negare o descuidare hacerlo, será reputado holgazán y de mala conducta en el sentido de la presente ley y condenado a un mes de trabajos forzados, so por esta negativa o por esta negligencia aquellos a quienes este legalmente obligado a mantener cayeran a cargo de una parroquia, de una ciudad o de una villa.

El que se marchare abandonando a la mujer o a sus hijos, o a los hijos de su mujer, dejándolos a cargo de una parroquia, de una ciudad o de una villa será reputado vagabundo en el sentido de la presente ley y castigado con tres meses de trabajo forzado.

5.6.- MÉXICO

En México el delito de abandono de familia fue inicialmente regulado en el Código Penal de 1931.

Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia.

Artículo 337.- El delito de abandono de hogar, sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez que la cause designe un tutor especial para los efectos de este artículo.

Artículo 338.- Para que el perdón concebido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá este pagar todas las cantidades que hubiera dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar la fianza a otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda.

Artículo 339.- Si el abandono al que se refieren los artículos anteriores resultare alguna lesión o la muerte, se presumirán estas premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones a que estos delitos corresponda.

5.7.- ARGENTINA

En este país el delito de abandono de familia surge con el proyecto del Código penal de 1937 el cual señala:

Artículo 148.- Se impondrá multa de cien a dos mil pesos al padre o madre, tutor o guardador que se sustraiga al cumplimiento de sus deberes de asistencia para con el menor de menos de dieciocho años que se encuentre bajo su patria potestad, tutela o guarda. La misma sanción se impondrá al curador que no prestare asistencia al incapaz; y al descendiente que no cumpliera la obligación a sus ascendientes, aunque no mediare sentencia que le conmine a ello.

Art. 149.- Se impondrá prisión de dos meses a dos años, al marido que, aun sin mediar sentencia que lo conmine a ello, se sustraiga a sus

deberes de asistencia a la mujer, si esta se hallare en la indigencia o sin más recursos que los indispensables, provenientes de su trabajo personal.

VI. ANALISIS DEL PROBLEMA:

Para resolver dicha cuestión, en tanto lo que se pretende, es en puridad, la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, que establece como requisito para poder suspender la ejecución de la pena de un sentenciado, que no tenga la condición de reincidente o habitual; para una solución a dicho problema, el camino jurídico a emplear que plantea el presente trabajo esta orientado a la posibilidad de aplicar un control difuso de la citada disposición normativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución, y demás normas complementarias, que tiene cabida, cuando una disposición normativa legal, contraviene, en un caso concreto, las normas, los principios o valores de la Carta Fundamental, prefiriendo en su aplicación, estas últimas respecto de la disposición normativa de inferior jerarquía.

Es claro que resulta una cuestión preferente, el asegurar la optimización del derecho de los alimentistas, logrando el cumplimiento de las pensiones no pagadas. Para este efecto, distintas instituciones del derecho penal y disposiciones legales, se constituyen en mecanismos que permiten asegurar la satisfacción del derecho alimentario vulnerado de una mejor manera de como lo haría la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, de entre dichas instituciones se encuentran la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio, que supones restricciones dinámicas y más flexibles a los derechos fundamentales con los cuales puede lograrse incoar al imputado al cumplimiento efectivo de las pensiones alimenticias adeudadas, como al prescribir su cumplimiento como una regla de conducta por cuyo incumplimiento, puede revocarse la suspensión de la pena o de la reserva del fallo en su caso, con la amenaza en la efectivización de la pena.

Determinar sin más una pena privativa de libertad efectiva para estos casos, podría generar consecuencias no deseadas de distinto tipo que

por el contrario juegan en contra del derecho alimentario que se pretende tutelar. Ya que el imputado, de no tener alguna otra posibilidad de ingresos, además del trabajo que realizaba cuando hacía uso pleno de su libertad, no resulta estimable que durante el mismo, pueda agenciarse de recursos que le permitan cumplir con sus obligaciones alimentarias correspondientes a dichos periodos; ante este caso, como hemos mencionado anteriormente, se genera un perjuicio a los alimentistas que además, por acumulación, podría causar en el futuro, la generación de un sucesivo incumplimiento de pensiones por los periodos en que el imputado no puede volver a cumplir su obligación alimentaria y eventualmente, se irían agravando en el tiempo de su privación de libertad haciendo imposible la corrección de su conducta con los pagos que hubiera podido hacer a favor de los agraviados y abandonado así también el derecho de estos últimos a ver satisfecho sus derechos,

En consecuencia, se tiene que el requisito de la no condición de reincidente que establece el inciso 3 del artículo 57 del Código Penal, al impedir la suspensión de la ejecución de la pena en el presente caso, predisponiendo así la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, resulta una restricción desproporcionada, por lo cual, en aplicación del artículo 138 de la Constitución, y demás normas complementarias, debe aplicarse el control constitucional difuso de la disposición normativa, implicándola al caso concreto en preferencia de la constitucional de la proporcionalidad.

En consecuencia, el derecho a los alimentos se configura como un mandato de optimización prioritaria toda vez que se relaciona con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en los casos de Omisión a la Asistencia Familiar, en el que existe el interés de un menor de edad que debe ser protegido prioritariamente, sin prescindir la reprochabilidad de la conducta del imputado, resulta una cuestión preferente, el asegurar la optimización del derecho de los alimentista, logrando el cumplimiento de las pensiones no pagadas.

VII.- CONCLUSIONES

- ✓ La posibilidad de aplicar el control difuso de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la constitución política del Perú y demás normas complementarias tiene cabida cuando una disposición normativa legal contraviene, en un caso concreto, las normas, principios y valores de la carta fundamental, prefiriendo en su aplicación estas últimas respecto de la disposición normativa de inferior jerarquía,
- ✓ Para la inaplicación del inciso 3 del artículo 57 del código penal, que establece como requisito para poder suspender la ejecución de la pena de un sentenciado que no tenga la condición de reincidente o habitual; el camino jurídico a emplear en el caso específico en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, es ineludiblemente, la aplicación de un Control Difuso de la citada disposición normativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución y demás normas complementarias.
- ✓ El derecho a los alimentos se configura como un mandato de optimización prioritaria toda vez que se relaciona con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, por lo que en los casos de Omisión a la Asistencia Familiar, en el que existe el interés de un menor de edad que debe ser protegido prioritariamente, sin prescindir la reprochabilidad de la conducta del imputado resulta una cuestión preferente, el asegurar la optimización del derecho de los alimentista, logrando el cumplimiento de las pensiones no pagadas.
- ✓ Determinar una pena privativa de libertad efectiva para los casos de Omisión a la Asistencia Familiar, específicamente por la causal considerada en el inciso 3 del artículo 57 del código penal, sin tener en cuenta las condiciones especiales de cada caso, podría generar consecuencias no deseadas de distintos tipos que podrían jugar en

contra del derecho alimentario que se pretende tutelar, toda vez que el tiempo que el imputado se encuentre privado de su libertad se le estaría privando de la posibilidad de agenciarse de algún trabajo o recurso que le permitan cumplir con sus obligaciones alimentarias correspondientes a dichos periodos, generándose así un perjuicio a los alimentistas, que por acumulación podrían causar en el futuro la generación de un sucesivo incumplimiento de pensiones por los periodos en que el imputado no podría cumplir con su obligación alimentaria, al encontrarse privado de su libertad, haciendo imposible la corrección de su conducta con los pagos que hubiera podido hacer a favor de la parte agraviada, teniendo únicamente como fin alcanzado, la encarcelación del obligado lo cual de ninguna manera soluciona el problema, ni recompone de manera alguna el conflicto.

- ✓ El requisito de la no condición de reincidente que establece el inciso 3 del artículo 57 del código penal, al impedir la suspensión de la pena en el caso específico del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, predisponiendo así la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, resulta una restricción desproporcionada, por lo que en aplicación del artículo 138 de la constitución y demás normas complementarias, debe aplicarse el control constitucional difuso de la disposición normativa, inaplicándola al caso concreto, en preferencia de la norma constitucional, ello en atención al principio del interés superior del niño.

VIII.- RECOMENDACIONES

- ✓ Se recomienda que en los delitos de omisión a la asistencia familiar a pesar de la condición de reincidente del sentenciado estando a que se incumple el requisito previsto en el inciso 3 del artículo 57 del código penal, los jueces dispongan de todos modos la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso como por ejemplo (1.- Que éste haya cumplido con el pago total de las pensiones alimenticias adeudadas y reparación civil), y (2.- Que como consecuencia de la privación de la libertad del sentenciado podrían devenir consecuencias más lesivas que de estar en libertad, dado que el privársele de la misma se le impediría continuar laborando y pasando alimentos al agraviado alimentista; ello a través de la aplicación de un control difuso de la disposición normativa antes citada prevaleciendo las normas, principios, o valores de la Constitución política del Perú, esto es el interés superior del niño).

- ✓ Se recomienda que en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar cuando el sentenciado por el delito de incumplimiento procedió a cumplir con pagar la totalidad de las pensiones alimenticias devengadas y reparación civil demandada; se debe proceder a determinar en base del test de proporcionalidad, que la privación de la libertad del sentenciado en el referido proceso, resulta desproporcionada, en tanto que ya no resulta idónea, ni estrictamente proporcional para cumplir el fin propuesto, al haberse satisfecho con el pago, muy por el contrario, continuar privando de la libertad al sentenciado implicaría un menoscabo, para el propio bien jurídico que contrariamente la norma pretende tutelar.

IX.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- © Monografias.com S.A. (15 de octubre de 2017). monografias.com. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos76/control-difuso-metodo-control-constitucional/control-difuso-metodo-control-constitucional2.shtml>
- Anabitarte, A. G. (1992). Constitución y Personalidad Jurídica del Estado. Madrid: Editorial. Tecnos.
- Apuntes Jurídicos. (15 de Noviembre de 2017). <https://jorgemachicado.blogspot.pe/>. Obtenido de <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2012/10/af.html>
- Atto Mendives, M. (15 de julio de 2010). <http://bjvderechopenaluigv.blogspot.pe>. Obtenido de <http://bjvderechopenaluigv.blogspot.pe/2010/07/la-reincidencia-y-habitudinalidad-desde-un.html>
- Bermudez, A. R. (6 de mayo de 2013). <http://blog.pucp.edu.pe>. Recuperado el 28 de 10 de 2017, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/06/el-control-difuso-aplicado-en-el-per/>
- Bramont Arias Torres, L., & Garcia Cantizano, M. d. (1997). Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Lima: San Marcos.
- Burga Coronel, A. (21 de diciembre de 2017). <http://www2.congreso.gob.pe>. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)

Cardona Llorens, J. (22 de enero de 2018). <http://www.ararteko.net>.
Obtenido de
http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf

Caso Costa Gómez y Ojeda Dioses., STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC (Sala Primera del Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2004).

Caso Gomero Valdivia, 1109-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 06 de agosto de 2002).

Código Penal. (2017). Lima: Jurista Editores.

Código Penal. (15 de enero de 2018). <https://www.mimp.gob.pe>. Obtenido de
https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatividad_nacional_general/3_Codigo_Penal.pdf

Congreso de la República. (5 de mayo de 2006). Ley N° 28726. Obtenido de
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A03A880B9681A22B05257E84007837FD/\\$FILE/28726-may-5-2006.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A03A880B9681A22B05257E84007837FD/$FILE/28726-may-5-2006.pdf)

Definición.de. (15 de diciembre de 2017). <https://definicion.de>. Obtenido de
<https://definicion.de/reincidencia/>

Derecho USMP. (31 de diciembre de 1993).
<http://www.derecho.usmp.edu.pe>. Obtenido de
http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/Constitucion%20Concordada,%20Sumillada%20y%20Anotada%20con%20la%20jurisprudencia%20del%20TC.pdf

El Peruano. (19 de agosto de 2013). <http://alertacontraelracismo.pe>.
Obtenido de
http://alertacontraelracismo.pe/sites/default/files/Modificacio%CC%81n-del-co%CC%81digo-penal.-19.08.2013_0.pdf

El Peruano. (17 de Junio de 2016). <http://www.leyes.congreso.gob.pe>.
Obtenido de
http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/30466-LEY.pdf

El Peruano.pe. (27 de julio de 2015). <https://www.mef.gob.pe>. Obtenido de
https://www.mef.gob.pe/contenidos/servicios_web/conectamef/pdf/normas_legales_2012/NL20150727.pdf

Fiestas Haro, S. (20 de octubre de 2017). <http://dspace.unitru.edu.pe>.
Obtenido de
<http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/4675/Tesis%20Maestr%C3%ADa%20-%20Sandra%20Fiestas%20Haro.pdf?sequence=1>

Gamarra Rubio, F. (abril de 2004). Código de los Niños y Adolescentes. Declaración de los Derechos del Niño. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

García Sanchez, M. A. (30 de octubre de 2017).
<http://repositorio.unsa.edu.pe>. Obtenido de
<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/3744/Degasama.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

La Ley en el Perú. (22 de marzo de 2014). <http://laleyenelperu.blogspot.pe>.
Obtenido de
<http://laleyenelperu.blogspot.pe/search?q=reincidencia+y+habitualidad>

Legis.pe. (15 de noviembre de 2017). <https://legis.pe>. Obtenido de
<https://legis.pe/nueva-ley-no-30466-fija-parametros-para-garantizar-el-interes-superior-del-nino-legis-pe/>

Peña Cabrera Freyre, A. (2011). Curso Elemental de Derecho Penal. Lima: Editorial San Marcos de Anibal Jesús Paredes Galván.

- Peña Cabrera, R. (1994). Tratado de Derecho Penal: Parte Especial. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Puente Jesús, C. (22 de octubre de 2017). <https://es.scribd.com/>. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/293820792/Control-Difuso>
- ramosdavila.pe. (25 de octubre de 2017). <http://www.ramosdavila.pe>. Obtenido de <http://www.ramosdavila.pe/media/Observaci%C3%B3n-General-14.pdf>
- Rioja Bermudez, A. (15 de setiembre de 2017). <http://blog.pucp.edu.pe>. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/06/el-control-difuso-aplicado-en-el-per/>
- Rojas Sarapura, W. (2009). Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia. Lima: "Fecat" E.I.R.L.
- Rojas Sarapura, W. R. (2009). Comentarios al Códodigo de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia. Lima: Fecat.
- Rojas Vargas, F. (2002). Jurisprudencia Penal y Procesal Penal . Lima: Idemsa.
- Ruiz Perez, M. (15 de diciembre de 2017). <http://historico.pj.gob.pe>. Obtenido de http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-10_delito_omision_asistencia_familiar_210208.pdf
- San Martín Castro, C. (2006). Derecho Porcesal Penal. Lima: GRULEY.2da Edición.
- Segado, F. F. (1997). El Control de la Constitucionalidad en Ibero América, en el colectivo "Perspectivas Constitucionales". Lisboa: Editorial Coimbra.

Serna Miranda, J. C. (21 de octubre de 2017). monografias.com. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos76/control-difuso-metodo-control-constitucional/control-difuso-metodo-control-constitucional2.shtml>

Tantaléan Odar, C. (5 de enero de 2018). <https://www.derechocambiosocial.com>. Obtenido de <https://www.derechocambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm>

Tantaleán Odar, C. F. (15 de octubre de 2017). <https://www.derechocambiosocial.com>. Obtenido de <https://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>

Zaffaroni, E. (1983). Tratado de Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: EDIAR.

Zamora Peña, G. (21 de octubre de 2017). <https://es.slideshare.net>. Obtenido de <https://es.slideshare.net/GerardoZamoraPea/control-difuso-60630892>

X.- ANEXO