

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA
FAMILIAR: CRITICA DESDE LA TEORIA
JURIDICA Y LA JURISPRUDENCIA. HUARAL 2015-
2016**

PRESENTADO POR:

Ana Isabel Fuentes Rivera Castro

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO, CON
MENCION EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

ASESOR:

M(o). Domínguez Ruiz, Félix Antonio

HUACHO -2018

**EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR: CRITICA
DESDE LA TEORIA JURIDICA Y LA JURISPRUDENCIA. HUARAL**

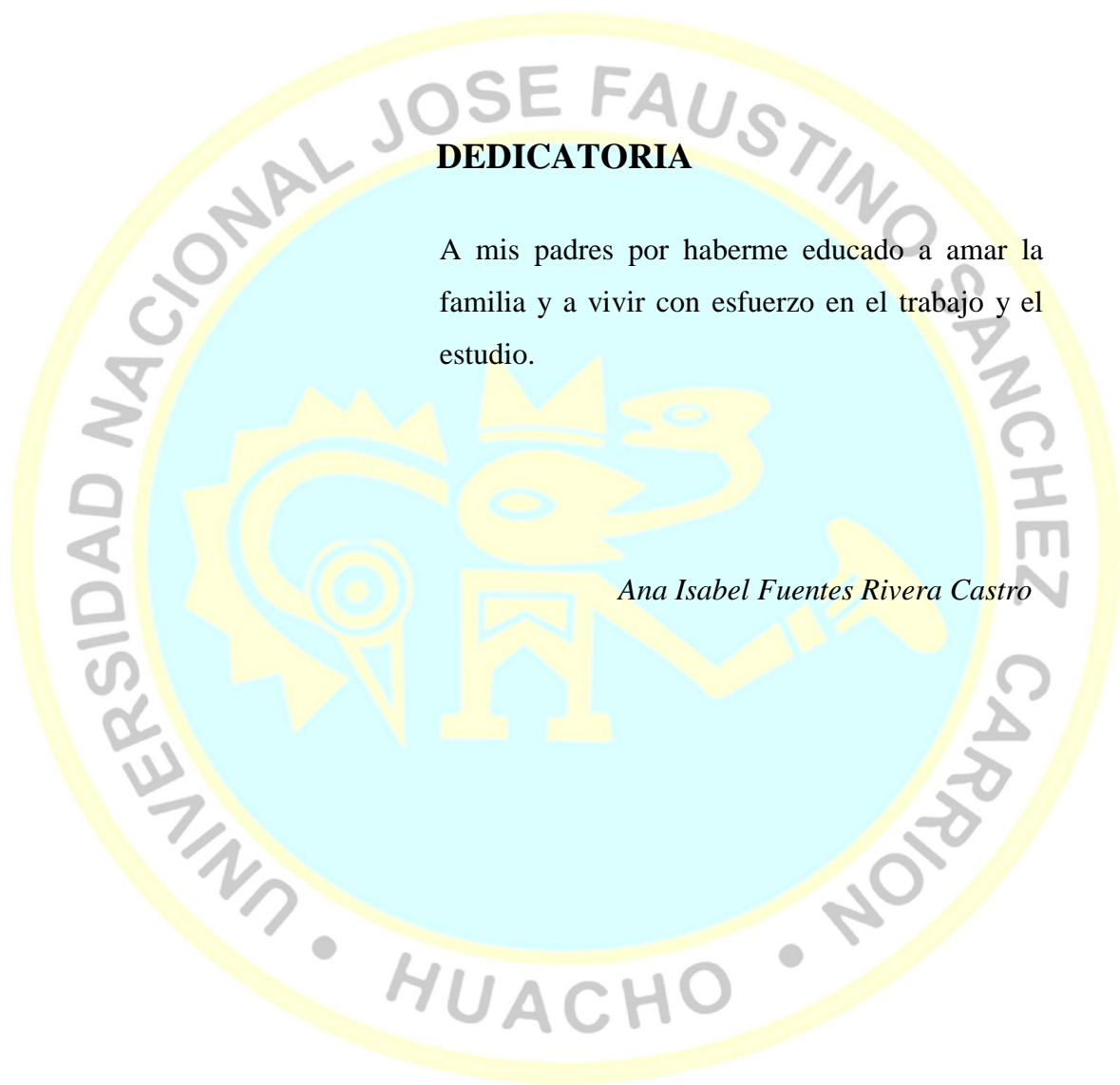
2015-2016

Ana Isabel Fuentes Rivera Castro

TESIS DE MAESTRÍA

ASESOR: M(o). Domínguez Ruiz, Félix Antonio

**UNIVERSIDAD NACIONAL
JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES Y
CRIMINOLÓGICAS
HUACHO
2018**



DEDICATORIA

A mis padres por haberme educado a amar la familia y a vivir con esfuerzo en el trabajo y el estudio.

Ana Isabel Fuentes Rivera Castro

AGRADECIMIENTO

A mis profesores de la UNJFSC por sus enseñanzas y a mis compañeros de promoción de esta maestría por la alegría prestada.



ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	vii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCION	xi
CAPÍTULO I	12
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1 Descripción de la realidad problemática	12
1.2 Formulación del problema	13
1.2.1 Problema general	13
1.2.2 Problemas específicos	14
1.3 Objetivos de la investigación	14
1.3.1 Objetivo general	14
1.3.2 Objetivos específicos	14
1.4 Justificación de la investigación	14
1.5 Delimitaciones del estudio	15
1.6 Viabilidad del estudio	15
CAPÍTULO II	16
MARCO TEÓRICO	16
2.1 Antecedentes de la investigación	16
2.1.1 Investigaciones internacionales	16
2.1.2 Investigaciones nacionales	17
2.2 Bases teóricas	19
2.3 Definición de términos básicos: basado en El diccionario jurídico (Poder Judicial, 2007)	44
2.4 Hipótesis de investigación	45
2.4.1 Hipótesis general	45
2.4.2 Hipótesis específicas	45
2.5 Operacionalización de las variables	46
Elemento intelectual o cognoscitivo	46
CAPÍTULO III	47
METODOLOGÍA	47
3.1 Diseño metodológico	47

3.2	Población y muestra	48
3.2.1	Población	48
3.2.2	Muestra	48
3.3	Técnicas de recolección de datos	48
3.4	Técnicas para el procesamiento de la información	48
CAPÍTULO IV		49
RESULTADOS		49
4.1	Análisis de resultados	49
4.2	Contrastación de hipótesis	74
CAPÍTULO V		75
DISCUSIÓN		75
5.1	Discusión de resultados	75
CAPÍTULO VI		76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		76
6.1	Conclusiones	76
6.2	Recomendaciones	78
REFERENCIAS		80
7.1	Fuentes documentales	80
7.2	Fuentes bibliográficas	80
7.3	Fuentes hemerográficas	81
7.4	Fuentes electrónicas	81
ANEXOS		82
ANEXO 1: Matriz de consistencia		83
ANEXO 2: Cuestionario		84
ANEXO 3: Jurisprudencia Analizada		86

RESUMEN

La temática abordada en el presente trabajo ha tenido la finalidad de analizar la figura penal básica contenida el Art. 149 del Código Penal peruano en el marco de los esfuerzos del Estado para superar los grandes problemas nacionales en administración de justicia: La carga y descarga procesal. Así entonces fijamos como objetivos: Describir el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal, Determinar cómo debe verificarse el “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, e Identificar los factores de conveniencia convertir la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad a los casos de sentenciados por el delito de omisión a la asistencia. Hemos abordado aspectos de la fascinante teoría del Delito para escudriñar el carácter del Dolo en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y verificar su validez en el contexto social de nuestra realidad. Hemos propuesto, una investigación de tipo Jurídica- Teórica y siguiendo las recomendaciones metodológicas del asesor, se ha realizado una breve observación de campo, consistente en analizar la percepción de la figura jurídica en estudio entre operadores del derecho en la jurisdicción del distrito judicial de Huaura. Así se ha analizado la opinión de 23 operadores, entre Jueces, Fiscales, y Defensores.

Conclusiones:

El sistema jurídico penal protege al bien jurídico, corresponde al Estado y la sociedad armonizar la vocación de la ley penal en su contexto social, con el fin de que la pena fijada cumpla sus fines, entre otros preventivo. De modo tal que se reduzca la incidencia del delito de omisión a la asistencia familiar. Sin perder la perspectiva estamos en condiciones de concluir que, para los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, el aumento de la pena o la severidad de la condena no ayuda a cumplir con el objetivo central, que es proveer de asistencia alimentaria suficiente para cubrir las necesidades de los alimentistas. Por ello resultaría más productivo pensar en mecanismos que a la vez que sancionen el delito, aseguren que la asistencia alimentaria se haga efectiva. Tal vez en esa perspectiva se explica el **REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS**. El Trabajo Comunitario constituye una alternativa en la Conversión de Penas, como lo establece el Artículo 52° del Código Penal, donde se le faculta al Juez a convertir la pena privativa de libertad en los casos que no fuera procedente la condena condicional a la reserva del fallo condenatorio, cuando la pena es no mayor de cuatro años. Evidentemente el trabajo comunitario es una alternativa adecuada y más efectiva que la aplicación de penas

suspendidas ya que facilita la resocialización del procesado en libertad. Queda pendiente de abordar otros temas vinculados a la problemática que ocasiona el incumplimiento de las obligaciones de alimentos al servicio de administración de justicia.

Palabras clave: Omisión a la asistencia familiar – teoría jurídica - jurisprudencia



ABSTRACT

The theme addressed in the present work has had the purpose of analyzing the basic criminal figure contained in Article 149 of the Peruvian Penal Code within the framework of the State's efforts to overcome the great national problems in the administration of justice: The loading and unloading of proceedings. So then we set as objectives: Describe the Idol asbudgets of the subjective typicity in the offense of Crime of Failure to the Family Assistance according to the criminal norm, Determine how the "knowledge" and the "Will" should be verified as configurative presuppositions of the idol for the Crime of Omission to Family Assistance, and Identify the factors of convenience to convert the custodial sentence to therendering of services to the community to the cases of those sentenced for the crime of omission to assistance. We have addressed aspects of the fascinating theory of Crime to examine the character of idol in the Offense of Family Assistance and verify its validity in the social context of our reality. We have proposed, a legal-theoretical research and following the methodological recommendations of the adviser, has made a brief field observation, consisting of analyzing the perception of the legal figure under study among law operators in the jurisdiction of the judicial district of Huaura. This has been analyzed the opinion of 23operators, including judges, prosecutors, and defenders.

Conclusions:

The criminal legal system protects the legal right, it corresponds to the State and society to harmonize the vocation of the criminal law in its social context, with the preventive purpose of the penalty set to meet its purposes, among others preventive. In such a way that the incidence of the crime of omission to family assistance is reduced. Without losing perspective we are in a position to conclude that for the crimes of Omission to Family Assistance, the increase of the sentence or the severity of the sentence does not help to fulfill the central objective, which is to provide enough food assistance to cover the needs of the food. Therefore, it would be more productive to think of mechanisms that, while punishing crime, ensure that food assistance become effective. Perhaps in that perspective the **REGISTRY OF MOROUS FOOD DEBTORS** is explained. Community Work constitutes an alternative in the Conversion of Sentences, as established in Article 52 of the Criminal Code, where the Judge is authorized to convert the custodial sentence in cases that were not appropriate conditional sentence to the reservation of the conviction, when the penalty is not more than four years. Evidently, community work is an adequate and more effective alternative than the application of suspended sentences as it facilitates the re-socialization of

the defendant in freedom. It remains pending to address other issues related to the problem that causes the breach of maintenance obligations to the service of administration of just.

Keywords: Omission to family assistance - legal theory – jurisprudence.



INTRODUCCIÓN

En la presente investigación denominada “**EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR: CRITICA DESDE LA TEORIA JURIDICA Y LA JURISPRUDENCIA. HUARAL 2015-2016**”, parte de observar una realidad incuestionable como dura: El padecimiento de las madres de familia para exigir las obligaciones alimentarias al padre de sus hijos, y, por otro lado, la dureza de la privación de la libertad a la que se ve expuesto el obligado en la eventualidad del incumplimiento de dicha obligación, con la consabida consecuencia de volver a incumplir la misma obligación. Por otro lado, el mencionado delito viene provocando el incremento de la carga procesal en el Ministerio Público y los juzgados tanto civiles como penales. Siendo que dicha problemática comprende aspectos sustantivos, como las iniciativas legislativas para su despenalización, hemos querido avocarnos al estudio de los fundamentos que puedan justificar dichas iniciativas. ¿Cómo se configura el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal?

En la parte metodológica hemos querido configurar un cuadro teórico, que nos permita aproximarnos a los fundamentos de la punibilidad, y luego hemos querido verificar la casuística de aplicación, es decir la exigencia del Ministerio Público para sostener su acusación. Es decir, si bien analizamos minuciosamente aspectos sustantivos del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, también hacemos verificación del comportamiento de la exigencia como presupuesto configurativo del delito en referencia.

La estructura del presente informe corresponde al protocolo exigido por la Escuela de Postgrado de la Universidad José Faustino Sánchez Carrión. De modo que el primer capítulo está referido al planteamiento problemático, el segundo capítulo referido al marco teórico, el tercer capítulo comprende la metodología es decir a la presentación y análisis de la información encontrada en campo, el cuarto capítulo comprende los resultados, el quinto capítulo comprende la discusión y el último capítulo a la presentación de conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

El aspecto relevante del que estamos partimos en la presente investigación es la observación empírica de una realidad tan incuestionable como olvidada relacionados al incumplimiento de las obligaciones de alimentos como supuesto de hecho del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar:

- ✓ La significativa cantidad madres de familia, que luego de accionar una demanda de alimentos y concluir con una sentencia que les ampara su derecho, esta se encuentra en la imposibilidad práctica de hacer cumplir el mandato del Juez. ¿Cuándo o en qué casos es tan difícil lograr un efectivo cumplimiento de lo que manda a la sentencia?;
- ✓ De otro lado, cuando el demandado desarrolla su actividad laboral o económica en la informalidad, en tales circunstancias, a las madres no le queda otra que recurrir a la vía penal, como mecanismo más eficaz. La ley penal tipifica el delito de omisión a la asistencia familiar ante el incumplimiento de un fallo en materia de alimentos. ¿La exigencia de resarcimiento del agraviado es bien satisfecha con la sanción penal?
- ✓ Siendo que el actual modelo procesal penal ha determinado un mecanismo simplificado, célere: El proceso Inmediato. El Art. 446 del C.P.P., dispone que el Fiscal solicite la incoación del proceso inmediato en los casos del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar. ¿La eficacia del proceso por su celeridad permite negociar al procesado el pago de la reparación con el agraviado sin afectar la capacidad de pago de nuevas pensiones de alimentos?
- ✓ ¿Cuál es la razón del poco uso de la conversión de la pena privativa de libertad por el Delito de Omisión a la asistencia Familiar a jornadas de prestación de servicios a la comunidad? (Recurso de Nulidad N° 607-2015-Lima Norte. estipula que al establecerse penas privativas de libertad de corta duración será viable la conversión a Jornadas de prestación de servicios a la comunidad en pro del fin resocializador de las sanciones).
- ✓ ¿El delito de Omisión a la Asistencia Familiar es congruente con el basamento del Derecho penal moderno en su carácter de última ratio en términos de eficiencia y racionalidad como política criminal?

En fin, la problemática tiene un amplio espectro comprendiendo desde la dogmática penal para analizar la exigencia del aspecto subjetivo de la conducta omisiva hasta la

posibilidad de plantear su despenalización. Por ejemplo: ¿Para dictar una sentencia condenatoria en los delitos contra la Familia en su modalidad de “Omisión a las Prestaciones Alimentarias”, es exigible al Fiscal acredite que, además de que el acusado haya tenido “conocimiento” del mandato judicial que lo obliga a cumplir su obligación, ¿que se haya encontrado en condiciones económicas de cumplir con dicha obligación? Esta inquietud entraña ineludiblemente el dolo en los delitos omisivos. La 3^{ra} SALA PENAL DE APELACIONES, en el EXPEDIENTE: 02945-2016-24-0401-JR-PE-01 por el delito en referencia desestimo la apelación del Ministerio Público contra la sentencia N° 91-2017-23JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017 que resolvió absolver al procesado estimando que el Fiscal no había realizado actividad probatoria relevante a efectos de desvirtuar la supuesta incapacidad económica del procesado. Dicho criterio acorde con los criterios establecidos en el II Pleno Penal Extraordinario de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 2-2016-CIJ/116: *“El delito de omisión a la asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil, que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario.*

Es claro que tales elementos, no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad, ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria– la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura, quien omite la conducta debía, pudiendo hacerlo”, por lo que en merito a dicho argumentos, debe absolverse al acusado”.

Consciente de esa amplitud problemática, para efectos de la presente investigación formulamos el problema del siguiente modo

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Cómo se configura el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal?

1.2.2 Problemas específicos

¿Cómo debe verificarse el “conocimiento” y la “¿Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, entre los operadores del Derecho?

¿En qué circunstancias, la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad a los casos de sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar sería conveniente?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Describir el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal.

1.3.2 Objetivos específicos

- Determinar cómo debe verificarse el “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, según los operadores del Derecho.
- Identificar los factores de conveniencia convertir la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad a los casos de sentenciados por el delito de omisión a la asistencia conforme a los operadores del derecho.

1.4 Justificación de la investigación

Un análisis epistémico a la omisión dolosa del incumplimiento de las responsabilidades de alimentar a la prole nos hace notar que tal incumplimiento atenta directa e inmediatamente al acreedor de dicha obligación, (generalmente el hijo menor de edad) pero también a la familia en general, de la que el mismo deudor es parte. De modo que dicha irresponsabilidad, consciente o inconsciente atenta a todo el núcleo familiar de forma subsecuente. Así, entonces, respecto del bien jurídico protegido en los delitos de Omisión a la asistencia Familiar nos parece interesante reevaluar su presupuesto como delito en el contexto de las manifestaciones problemáticas de la administración de justicia. Los procesos judiciales al respecto han alcanzado niveles de carga procesal alarmante y constituye

una de las grandes preocupaciones en la administración de justicia. Últimamente se han previstos tramitaciones céleres tanto en la vía civil como penal sin embargo ello no ha logrado su objetivo.

De modo que en línea de esta preocupación justificamos la presente investigación, desde una perspectiva de contraste entre la dogmática y su aplicación práctica. Finalmente, pretendemos el análisis problemático, primero a partir del estado de la cuestión relacionada al peso como carga procesal en la administración y luego al análisis sistémico desde la teoría del delito que ciertamente supone su contraste con la realidad empírica. Así entonces, para esta última parte estimamos muy útil analizar la percepción de los mismos jueces sobre la lesividad del delito en cuestión.

1.5 Delimitaciones del estudio

La temática y objeto de la investigación que nos hemos propuesto consiste en verificar el “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para los Delitos de Omisión a la asistencia Familiar. Aspecto que será abordado desde la teoría del delito, contrastado con la percepción de los operadores del Derecho, de forma específica magistrados de la especialidad y académicos de la misma especialidad. El trabajo de campo se realizará sistematizando y analizando la estadística de la carga procesal penal por el delito de omisión a la asistencia familiar en el año 2015 y 2016.

1.6 Viabilidad del estudio

La investigación tiene un costo aproximado de 2,600 soles, monto que se encuentra totalmente garantizado con recursos propios ya disponibles. De otro lado se ha previsto el apoyo de personal auxiliar elementalmente para el trabajo administrativo, y que ha sido considerado dentro del presupuesto y cronograma de actividades. Y finalmente, por la cercanía a la capital de la República es viable el acceso a las bibliotecas de las más prestigiosas universidades del país.

Precisamente, se ha previsto hacer uso de vacaciones laborales durante la ejecución del proyecto, que deberá culminar en el segundo trimestre del año 2018. No obstante, se ha previsto eventuales contingencias de orden metodológicos por lo que la respecto, se contara con un metodólogo especializado en investigaciones jurídicas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

2.1.1 Investigaciones internacionales

Bohé (2006), en su TESIS: “EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA”. Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Sede Regional Rosario. 2006.

Problema. ¿Cuál ha sido el desarrollo doctrinario y jurisprudencial -en Argentina- del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en relación a sus características típicas? **Objetivos Específicos:** Describir la figura penal básica contenidas en la ley y sus características específicas. Indagar la doctrina y la evolución de la jurisprudencia. Desarrollar posibles reformas a la ley penal conforme la doctrina y jurisprudencia. No es objetivo establecer o si el derecho penal a través de las sanciones previstas en la ley resulta conveniente o no para reprimir las conductas tipificadas en la misma, y si basta la regulación del ámbito civil para dirimir los conflictos que se suscitan como consecuencia del incumplimiento de los deberes alimentarios.

Creemos que las discusiones acerca de la conveniencia de reprimir o no esta omisión han quedado zanjadas, habiéndose arraigado profundamente la ley dentro de las decisiones jurisprudenciales en los distintos puntos de nuestro país, sea en mayor o menor medida. Se analiza el delito su respectiva sanción. Con tal finalidad y a través de esta exposición describiremos la legislación argentina actual, analizaremos su interpretación doctrinaria en relación a los elementos del tipo penal, y especialmente el enfoque jurisprudencial.(Bohé, 2006).

Conclusión: Comenzando con la exposición final de este trabajo y a modo de conclusión, podemos decir que el delito en comentario es de omisión impropia y dolosa, de peligro abstracto, continuo o permanente, y que le incumbe a la parte acusadora demostrar la presencia de los extremos de esta figura penal, es decir, la existencia del deber, la correcta capacidad económica del obligado, su doloso incumplimiento y la auténtica situación de necesidad por la que atraviesa el sujeto pasivo. En lo que refiere al bien jurídico tutelado por la ley es cierto que el mismo fue y sigue siendo la familia

como institución y no cada integrante de ella en forma individualmente considerada, pues el Estado quiso proteger al momento de la puesta en marcha de la ley N.º 13.944 una de las instituciones fundamentales que lo integran.

2.1.2 Investigaciones nacionales

(Navarro, 2014), **En su investigación: “INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”**. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Política Social con Mención en Promoción de la Infancia. AUTOR: Ysabel Liz Navarro Navarro. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Unidad de Posgrado. Lima – Perú 2014.

Se investigaron las causas del incumplimiento alimentario hacia niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores, a través de entrevistas a deudores de alimentos en la Provincia Constitucional del Callao. Se identificaron las variables que han contribuido a la construcción de determinado estilo de paternidad, masculinidad y familia. Asimismo, se analizó el efecto de la cultura patriarcal y el machismo como limitante en la participación paterna en las labores de cuidado y crianza con la consiguiente asignación preponderante de este rol a la madre. Los resultados indican que los estilos de crianza y asignación de roles al interior de las familias de los deudores y la conformación de sus propias familias con determinadas características influyen en la construcción del vínculo con el hijo o hija y en el cumplimiento de las obligaciones.

Conclusión: La carencia económica no es un factor determinante para el incumplimiento de la obligación alimentaria hacia niños y adolescentes, sino que existe abuso de poder y despreocupación por sus hijos e hijas como manifestaciones del machismo, lo cual es reforzado por la asignación desigual de roles que carga sobre la madre las responsabilidades asociadas al cuidado y crianza de los hijos e hijas, la sanción social no es lo suficientemente fuerte para disuadir y revertir la conducta, pues de la misma sociedad surgen aún estereotipos que más bien excusan o tratan de justificar el incumplimiento, por lo tanto minimizando el efecto que tienen el

incumplimiento en el desarrollo integral de los niños y niñas.

(Gutierrez, 2017), **En su investigación: “ESTADO DE LOS PROCESOS EN DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR FRENTE AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN DISTRITO JUDICIAL DE ICA”.** Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad de Huánuco Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Agosto, 2017.

Objetivo: Describir las ventajas que tiene el proceso de Omisión a la Asistencia Familiar con el Nuevo Código Procesal Penal y con el Código de Procedimientos Penales dentro del distrito judicial de Ica. Conclusiones: El proceso penal en el delito de omisión a la asistencia familiar sigue el siguiente itinerario: Que para que se inicie el proceso penal por este delito tiene que haber existido un proceso de alimentos ante el Juzgado de Paz Letrado el cual ha sido incumplido por el demandado, una vez remitido copias certificadas del proceso por alimentos al Ministerio Público, el Fiscal dispondrá la apertura de la investigación por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, pudiendo a la vez el denunciado solicitar acogerse a la aplicación del Principio de Oportunidad, o caso contrario el fiscal procederá a presentar el requerimiento de acusación fiscal; actualmente luego del decreto legislativo N° 1194, el fiscal tiene la facultad de incoar el proceso inmediato en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, aplicando esto el proceso será rápido y favorable para los alimentistas, porque en corto tiempo el denunciado es sentenciado.

(Pedro, Sanchez y Carlos, D'azevedo , 2014) **En su investigación: OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR COMO VULNERACIÓN DEL DERECHO ALIMENTARIO DE LOS HIJOS.** Para optar el Grado de Magister en Derecho con Mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Escuela de Post Grado. Año 2014.

Objetivo: El presente trabajo de investigación tuvo como propósito básico tratar de aclarar, ciertos conceptos y dogmas en relación a la Omisión de Asistencia Familiar, y como ella vulnera el orden socioeconómico de la unidad familiar, el bien jurídico protegido es el alimentista, la esposa, el esposo, la concubina, los hijos matrimoniales, hijos extramatrimoniales y los hermanos, siendo la pretensión que el bien jurídico proteja a los antes mencionados en el delito de omisión de Asistencia Familiar. El

objetivo es conocer los alcances del bien jurídico en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, teniendo en cuenta que tanto en la doctrina y la jurisprudencia existen más de dos posiciones la agravante (doloso) y la atenuante (carecer de recursos económicos) con el propósito de evaluar si el delito de la Asistencia vulnera el derecho y la unidad familiar, analizar los otros supuestos, bienes jurídicos protegidos por la doctrina, jurisprudencia y la casuística y analizar expedientes en relación a estos temas penales en la Corte Superior de Justicia de Loreto. En el presente estudio se aplicó el tipo de investigación cualitativa, el método utilizado fue el Histórico - Causal, ya que es que a partir de los hechos ya producidos que fundamentan la investigación y estos mismos hechos son los que produjeron efectos. Los casos de vulneración de alimentos tomados para este estudio han sido procesados en la Corte Superior de Justicia de Loreto, y el método de muestreo fue probabilístico y aleatorio. La investigación es exploratoria en una primera etapa, luego se hace un tipo de investigación descriptiva donde se presentan los orígenes y efectos del problema y finalmente se termina haciendo una investigación analítica cuando se contrasta con la realidad la hipótesis del trabajo de investigación.

Conclusiones: Se determinó que si al obligado se le encarcela por el incumplimiento de la pensión alimenticia se pueden dar dos supuestos muy preocupantes. Uno si el obligado es el único sustento de la familia alimentista y no cuenta con bienes, así que el embargo es inefectivo y otro, si se le condena a prisión efectiva no habrá nadie que pueda sostener a la familia. En este caso la condena es de Tres años de pena privativa de libertad suspendida y no hay embargo por lo que el fallo del Juez es correcto. Quedó demostrada la hipótesis de trabajo: El delito de omisión de asistencia familiar vulnera el derecho alimentario de los hijos en la Corte Superior de Justicia de Loreto, ya que es necesario recurrir a esta instancia para lograr que los padres procedan a cumplir con esta obligación.

2.2 Bases teóricas

DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Según Gutiérrez (2017), En nuestra historia la Constitución del año 1933, fue la que reconoció por primera vez la tutela de la familia. Esta Carta Magna señaló en su momento que el matrimonio, la familia y la maternidad está bajo la protección de la ley;

luego la Constitución Política del Perú del año 1979, conceptualizó a la familia como una sociedad natural y una institución fundamental de la nación y de esta manera legal y constitucional finalmente llegamos a la constitución del año 1993, norma fundamental vigente que reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad.(pág. 12).

Así, el incumplimiento de la obligación sobre la prestación de alimentos se establecía por mandato judicial y se materializaba en el ámbito civil. La tipificación como delito se reguló con la Ley N.º 13906 del 24 de marzo 1962 denominada Ley de Abandono de Familia, que incorporó a nuestra legislación penal esta nueva y controversial figura delictiva. En honor a la verdad con este dispositivo se encendía una luz de esperanza para quienes, habiendo vencido en un proceso de alimentos, obteniendo una sentencia judicial que les asignaba una pensión alimenticia no lograban cristalizar su intención de esperanza de vida, atentando así contra la seguridad del alimentista. Esta ley, tuteló los deberes de asistencia familiar por un espacio poco más de treinta años.

Así también lo menciona Benites (2009), que en el año 1991, nuestros legisladores incluyen y unifican dentro de nuestro vigente Código Penal, el título III denominado Delitos contra la Familia, que en su Capítulo IV, artículo 149 se dedicaba al Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, expresando que el que omite a cumplir con esta sagrada obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de libertad. Cabe destacar que dicho artículo recién entro en vigencia con la dación del Decreto Legislativo N°768 del año 1993, que derogo la Ley N°1396.(pág. 15).

Asimismo, actualmente nuestra Carta Magna reconoce a la Familia como una institución natural y fundamental de la sociedad. Así, en su artículo cuarto, establece lo siguiente: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano, en situación de abandono, también protege a la familia y promueven el matrimonio, reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”. (Constitucion Política del Perú, 1993).

Noción de delito de omisión a la asistencia familiar

Este ilícito penal exige del sujeto activo un comportamiento consistente en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una Resolución Judicial. Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo.

Por ello, que el delito de omisión a la asistencia familiar constituye un delito de omisión propia, ya que se infringe un deber impuesto por la ley, en función de la protección de un bien jurídico.

Características:

Delito de Omisión Propia

Según Hurtado Pozo (2005), menciona que:

Un delito de omisión propia es aquel que supone la desobediencia de un mandato de orden jurídico con independencia de los efectos que puedan generarse. (pág. 215).

Para Salinas Siccha (2008), El delito de omisión de asistencia familiar se constituye en un ejemplo 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, esto es, prestar los alimentos al agraviado. Así lo tiene aceptado la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema del 12 de enero de 1998, en donde se sostiene: "Que, el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito consiste en omitir el cumplimiento de prestación de alimentos establecidos por una resolución judicial, siendo un delito de omisión propia donde la norma de mandato consiste en la obligación que pesa sobre el sujeto activo debe cumplir con sus deberes legales de asistencia".(pág. 410).

Delito Permanente

Respecto a esta característica existe discrepancia en la doctrina, pues hay quienes consideran que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito permanente y otros que se trata de un delito instantáneo.

Nos dice Donna Edgardo (2001), La teoría que propone que este es un delito permanente, nos dice que la consumación de la conducta delictiva dura tanto como dure el incumplimiento; es decir que la omisión de cumplir con la resolución judicial que obliga a pasar una pensión alimenticia se produce en cada instante sin intervalo alguno, concluyendo cuando el obligado decide acatar la orden judicial. Esta teoría descarta que se interrumpa la permanencia del delito con las esporádicas, e insuficientes pensiones, pago parcial, ya que se entiende que este pago parcial es insuficiente para la manutención del alimentista. (pág. 428).

Por su parte la doctrina que profesa que el delito de omisión de asistencia familiar no es un delito permanente; así no lo fuera de todas maneras "prescribiría", ya que la prescripción opera desde la fecha del vencimiento del requerimiento judicial que ordena el pago, por lo que la acción penal para este hecho va a prescribir.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado y afirma:

"Que en los delitos de Omisión de delitos de asistencia familiar, el bien jurídico protegido es la familia, especialmente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psico-físico es puesto en peligro, por lo que es un delito de Omisión y de naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumple con la obligación alimentaria el delito subsiste"(Díaz, 1999).

Delito de Peligro

Para el auto la resolución judicial impuesta en sede civil, restablece el equilibrio, obligando el cumplimiento del derecho alimentario, y de esta manera el daño ocasionado al bien jurídico que es la familia, es reparado mediante la asistencia familiar por los conceptos de alimentos, salud, vivienda, educación, recreación y con ello el peligro contra la familia y su seguridad jurídica se reestablece.

En esa misma línea de investigación tenemos a Beristaín (1979), que nos dice que:

“Es necesario mencionar que cuando el Juez ordena al alimentante otorgar una pensión mensual de alimentos al alimentista, se sobreentiende que este debe otorgar los necesarios para su subsistencia”. (pág. 86).

Tipificación del delito

El Código Penal recoge este delito en el artículo **149°** y establece 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 cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

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

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte."(Codigo Penal, 1991).

Para Salinas Siccha (2008), el tipo penal se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos. Efectivamente para la configuración del ilícito, se requiere que previamente el imputado, haya sido demandado en un proceso de familia de alimentos donde previamente se haya expedido una resolución jurisdiccional firme de intimación judicial bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente si no cumple con la pretensión alimenticia establecida. Sin previo proceso de alimentos de ninguna manera se puede configurar el delito.(pág. 404).

Cabe precisar que la resolución judicial comprende tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que se fija en el inicio del proceso o inmediatamente iniciado, a favor del beneficiario.

Además del tipo base, la norma del artículo 149 del Código Penal establece agravantes en los dos últimos párrafos, las cuales agravan la responsabilidad penal del sujeto activo y, por tanto, agravan la pena. Estas circunstancias son:

Simular otra Obligación de Alimentos

Esta agravante se configura cuando el agente obligado a prestar la pensión alimentaria, en convivencia con una tercera persona, inicia un proceso sobre alimentos simulado o aparente con la única finalidad de disminuir el monto de su ingreso mensual disponible y, de ese modo, hacer que el monto de la pensión se mínimo en perjuicio del beneficiario. La simulación puede ser antes que el real beneficiario inicie su proceso sobre alimentos, o éste en trámite tal proceso sobre alimentos, o éste en trámite tal proceso, o cuando aquel haya concluido y el obligado malicioso inicie un prorrateo de pensión alimenticia. (Código Penal, 1991).

Renuncia Maliciosa al Trabajo

Ocurre cuando el obligado con la única finalidad perversa de no tener un ingreso mensual y, de ese modo, hacer imposible el cumplimiento de la resolución judicial, renuncia a su trabajo permanente que se le conocía. Puede tomar tal actitud en pleno trámite del proceso de alimentos, o aquel haya concluido y se presente ante la autoridad jurisdiccional como insolvente y solicite una disminución de pensión.

Abandono Malicioso al Trabajo

Esta agravante se evidencia cuando el obligado, en forma maliciosa y perversa y con la única finalidad de presentarse como insolvente en perjuicio del beneficiario, abandona su centro de trabajo, originando que

sea despedido y de esa manera no tener ingreso para un cálculo real del monto de la pensión alimenticia a que está obligado.

Lesión Grave Previsible.

Esta agravante se configura cuando el obligado con una conducta omisiva de prestar el auxilio alimentario al beneficiario, origina o genera una lesión grave en el sujeto pasivo, la misma que para ser imputable o atribuible al agente, debe ser previsible. Si llega a determinarse que aquella lesión era imposible de prever no aparecerá la circunstancia agravante. (Salinas Siccha, 2008).

Muerte Previsible del Sujeto Pasivo

Se da cuando el agente con su conducta omisa a cumplir con la pensión alimentaria a favor del beneficiario origina de modo previsible la muerte de aquel.

Para Bramont Arias (2006), En definitiva, nuestra legislación penal vigente centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente, vale decir, es un reclamo de naturaleza patrimonial. Así Reyna Alfaro explica que: “Una de las objeciones más comunes a la tipificación del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar o llamado también Abandono Familiar, es su consideración como una mera criminología de deudas” (pág. 26).

En este sentido Bramont Arias y García Contezano, afirman que el: “Bien jurídico que se protege es la Familia”. El delito de Omisión a la Asistencia Familiar tiene su idea “fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia”, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial.

BIEN JURÍDICO TUTELADO

Según Rojas, Infantes y Quispe: **“El bien jurídico protegido es la familia y específicamente los deberes de tipo asistenciales”**. (Rojas Vargas, Fidel; Infantes Vargas, Alberto; Quispe Peralta, Lester , 2007).

En ese mismo sentido, Peña Cabrera (2008) , nos dice que:

El tipo penal del artículo **149° del C.P.** tendría como objeto la integridad y bienestar de la familia, cuando el sujeto obligado no satisface por entero, las necesidades más elementales de sus miembros, en otras palabras, el deber de asistencia familiar. La ley exige que este incumplimiento esté referido no sólo a la falta de asistencia material o económica, sino también a la de carácter moral, como son las obligaciones de auxilio mutuo, educación, cuidado de la prole, etc. (pág. 186).

Según (Cabanellas, 1998) menciona que:

Es así que jurisprudencialmente se ha sostenido que el comportamiento punible en esta clase de ilícitos es el de omitir la observancia de la prestación de alimentos ordenada por resolución judicial, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido 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 Código de los Niños y Adolescentes.(pág. 6).

Sin embargo, para un sector de la doctrina se protege un bien dual; primero, el eficaz cumplimiento de los deberes familiares establecidos por la legislación civil, sancionando el incumplimiento de deber de asistencia y solidaridad que tienen su origen en las relaciones familiares. Por otro lado, también se protege el respeto al principio de autoridad, que se vulnera con el incumplimiento de una resolución judicial. El contenido material de injusto converge en una misma expectativa jurídica de asistencia familiar a

favor de los hijos, la de carácter económico y de la provisión de lo necesario para su sustento. (Álvarez Valdez, 2008, pág.211).

Tipicidad:

Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva comprende a los sujetos del delito de omisión a la asistencia familiar, citando a Bramont, Luis; Garcia, José (1979) tendríamos al sujeto activo y pasivo quienes son:

a) Sujeto activo

La descripción típica hace alusión a un sujeto "judicialmente obligado", a prestar una pensión alimenticia, por lo sería un delito especial propio, pues dicha cualidad no la tiene cualquier persona. El artículo 474° del C.C. establece quienes son los sujetos que pueden ser pasibles de una resolución jurisdiccional de dicha naturaleza. Cabe señalar que la resolución judicial puede provenir de una acción de alimentos, de mutuo disenso o de divorcio por causal.

Los sujetos activos de este delito son:

- **Ascendientes:** primero lo serán los padres con respecto a sus hijos (naturales y/o adoptivos), pero también podrán ser los abuelos en relación a sus nietos (menores de edad).
- **Descendientes:** simplemente la lectura de la obligación será a la inversa, es decir hijos o nietos respecto de sus padres o abuelos necesitados.
- **Cónyuges:** el sujeto obligado podrá ser cualquiera de ellos, sin que haya de evidenciarse un estado de necesidad.
- **Otro sujeto obligado:** No se puede dejar de lado, a todos aquellos que sin ser directamente los padres (tutor), al haber asumido la patria potestad, custodia y curatela será también sujetos obligados.

b) Sujeto pasivo

Es aquella persona beneficiaria de una pensión alimentaria mensual por mandato de resolución judicial. Igual como el sujeto activo puede ser el abuelo, el padre, el hijo, el hermano, el tío, respecto de la víctima, asimismo puede ser el cónyuge respecto del otro o, finalmente, cualquier persona que ejerce por mandato legal, una función de tutela, curatela o custodia.

Tipicidad subjetiva

Para reprimir este tipo penal es indispensable la presencia de dolo, es decir, la comisión de este delito es inadmisibles por imprudencia o culpa. Aquí, el autor debe tener conocimiento de que está obligado mediante resolución judicial a prestar la pensión alimentaria y voluntad de no querer asumir la obligación impuesta. Podría darse un error de tipo, cuando el agente, duda sobre los efectos o, mejor dicho, los alcances jurídicos de la resolución jurisdiccional. El error de prohibición, dada la naturaleza de la materia en cuestión, es de dudosa aceptación. (Donna, 2001).

Así, lo ha demostrado la jurisprudencia, en la Resolución Superior del 21 de setiembre de 2000 en donde se expresa que: "el delito de omisión de asistencia familiar se produce, cuando el infractor incurre en la conducta descrita en el artículo 149 del Código Penal, mediando dolo en su accionar, esto es, con la conciencia y voluntad de que está incumpliendo una obligación alimentaria declarada judicialmente" (Rojas Vargas, Fidel; Infantes Vargas, Alberto; Quispe Peralta, Lester , 2007).

En consecuencia, no habrá delito por falta del elemento subjetivo, cuando el obligado por desconocimiento de la resolución judicial que así lo ordena no cumple con prestar la pensión alimentaria al beneficiario, o cuando conociendo aquella resolución judicial le es imposible materialmente prestar los alimentos exigidos. (Salinas Siccha, 2008, pág.

415). Cabe precisar que el obligado debe estar en condiciones de prestar los alimentos, es decir, que cuando presta los mismos no compromete su propia subsistencia. Así, lo prevé el Código Civil en los artículos 478 y 479, en donde se extiende la obligación de prestar los servicios alimentarios según la prelación establecida.

Antijuricidad

En este elemento del delito, el operador jurídico verifica si en la conducta del agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. En este delito no hay mayor trascendencia respecto a la antijuricidad.

Culpabilidad

En esta fase el operador jurídico deberá determinar si el autor es imputable, es decir, tiene capacidad para responder por sus propios actos y no sufre de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. Una vez que se verifique que el agente es imputable, el operador jurídico analizará si al momento de omitir cumplir con su obligación alimentaria dispuesta por resolución judicial, el autor actuó conociendo la antijuricidad de su comportamiento, esto es, sabía que su conducta estaba prohibida. (Salinas Siccha, 2008).

Es posible invocar error de prohibición cuando el agente actuó en la creencia que su conducta no estaba prohibida. Contrario sensu, de verificarse que el agente actuó conociendo la antijuricidad de su conducta, al operador jurídico le corresponderá analizar si el agente al momento de actuar pudo hacerlo de diferente manera a la de exteriorizar la conducta punible. Aquí, muy bien, puede invocarse un estado de necesidad exculpante, de presentarse este supuesto modo alguno significa que los alimentistas quedan sin amparo, pues como ya hemos referido, la ley extrapenal ha previsto otros obligados.

Penalidad

La pena establecida para este delito es en cuanto al tipo base, una pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. En el caso de simulación de otra obligación, renuncia o abandono de trabajo, la pena oscila entre no menor de uno ni mayor de cuatro años. De presentarse la circunstancia agravante de lesión grave en el sujeto pasivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años; en caso de muerte, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años. (Bramont Arias, 2006).

El Dolo

Evolución del dolo

En el Derecho Romano justiniano se denominaba dolus, dolusmalus, propositum y significaba la intención encaminada al delito, conciencia del hecho criminoso que se iba a cometer.

En el Derecho Canónico según Jiménez de Asúa, el dolo se expresó con las palabras, dolus, voluntas, sciens, malitia; por eso el dolo equivalió también a malicia, astucia, fraude y actualmente lo expresa muchas veces el legislador con esas palabras al determinar los elementos de algunos delitos. (Asua, 1997).

Así, surgió primero la Teoría de la voluntad, y así el dolo se definió tomando en cuenta solo el resultado previsto y querido por el autor del delito.

Después, se encontró que este único criterio no era aplicable a la construcción técnico- jurídica del dolo eventual; surgió entonces una tesis más avanzada: "La teoría de representación" propugnada por Von Liszt que sostenía que el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias que concurren al acto previsto por la ley penal. Así el autor representa las consecuencias

de su hecho (resultado antijurídico), pero, a pesar de representárselas, no se detiene en su propósito, de modo que no es solamente el resultado lo que le mueve a obrar, sino también la representación de ese resultado, que es previa.(Asua, 1997).

Posteriormente surgió la "Teoría de la Voluntariedad" sostenida por Francisco Carrara; según esta teoría el dolo es la intención o voluntad más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley.

Definición:

Manzini, define al dolo como la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Jiménez de Asúa, dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.(Asua, 1997).

Para Jiménez de Asúa, existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.(Asua, 1997).

Por su parte, Grisanti, lo define como “la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé

como delito”. Entonces el dolo es “la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito”. En los códigos penales se utilizan expresiones sinónimas, tales como “malicia”, “intención”, “propósito”, entre otras.

Según Francisco Carrara, el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

En definitiva, **el dolo consiste, en la voluntad o intención de cometer un acto, sabiendo que es punible con el propósito de violar la ley penal**, tal opinión no puede admitirse, en virtud de la siguiente observación: porque el delincuente no viola la ley penal por el mero capricho o placer de violarla; la intención o voluntad del delincuente se dirige a los efectos prácticos que se derivan de la perpetración de un delito determinado.(Bustamante Requena, 2016).

El dolo en el Código Penal

El Código Penal Peruano como muchos otros códigos penales, señala en el artículo 11° de la Parte General que: son delitos y faltas, las acciones u omisiones, dolosas o culposas penadas por ley.

Es decir que el componente subjetivo del delito, al cual el legislador le asociaría ciertas consecuencias penales sería el dolo y culpa, y esto no sería más que cierto reconocimiento a la forma en que en la realidad también se producen nuestras acciones (Bustamante Requena, 2016, pág. 10).

La norma no brinda criterio alguno que permita una diferenciación ni señala cuales son los componentes del dolo ni de la culpa, a pesar de que la diferenciación tiene una significación decisiva y fundamental para los fines de la reglamentación y apreciación de las correspondientes relaciones de la vida humana.(Mezger, 1958, pág. 301). Sobre esto es

preciso hacer mención que el legislador renunció conscientemente a definir el dolo y la culpa (imprudencia), para así dejar la determinación de estos conceptos a la jurisprudencia y la doctrina científica (Kindhauser, 2012, pág. 239).

Elementos del dolo:

Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo

Está constituido por la previsión, por el conocimiento, la representación del acto típicamente antijurídico y comprende, ante todo, el conocimiento de los elementos objetivos del delito, de la figura delictiva; así, por ejemplo: para que exista delito de hurto es preciso que el sujeto activo sepa que la cosa mueble de la cual se apodera es ajena.

Para actuar dolosamente, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico (p. ej., en el caso del homicidio doloso debe saber que mata a otra persona; en el hurto, que sustrae cosas ajenas sin el consentimiento de su dueño, etc.). Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad (no puede querer hacer algo si no se sabe primero qué se va a hacer). (Bramont Arias, 2006).

Pero no es necesario que el sujeto antes de actuar realice una reflexión sobre su futura acción, basta con que reconozca que en la situación concurren los elementos objetivos descritos en el tipo. Por otro lado, no es imprescindible que el sujeto tenga un conocimiento exacto de cada uno de los elementos típicos, sino que es suficiente con que posea un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo (valoración paralela en la esfera del profano). P. ej., en el caso del hurto, no es necesario que el sujeto conozca exactamente el significado del concepto de “cosa mueble ajena”; basta con que sea consciente de que está sustrayendo (“quitando”) un objeto a su dueño.

Si el sujeto realiza el hecho valorando erróneamente alguno de los elementos típicos, habrá error de tipo, cuyos efectos se analizan más adelante.(Bramont, Luis; Garcia, José, 1979).

Elemento volitivo del dolo

La escuela positivista combate insuficientemente el concepto clásico del dolo, integrado únicamente por la concurrencia de la inteligencia y de la voluntad, y lo hace consistir en 3 elementos: voluntad, intención y fin. La voluntad se refiere al acto en si, como en el disparo de un revolver que puede ser requerido o accidental. La intención se refiere al motivo por el que el acto con esta intención se ha buscado producir, como en el disparo del revólver, dirigido deliberadamente a matar, se busca (el fin) vengar la ofenda, lograr el robo, defender la persona o ejecutar una orden de autoridad.

En otras palabras, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente: quien actúa con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.(Fossi, 2015).

Clasificación del dolo:

El dolo directo

También denominado dolo de primer orden. La doctrina suele hablar en situaciones de dolo directo como el paradigma más perfecto del dolo, pues aquí concurrirían de modo inequívoco dos de los elementos usualmente aceptados por la dogmática, como son el conocimiento y la voluntad o más escuetamente el saber y querer(Bustamante Requena, 2016).

Ahora bien, en algunos casos se completa la idea que dicho saber y querer estaría dirigido a los elementos pertenecientes al tipo penal o la

realización del tipo objetivo, en otros a la realización del delito o por último la realización típica.

La fundamentación no resulta tan obvia en los inicios de la Teoría del Delito, nos dice Jiménez(Asua, 1997, pág. 358), que el dolo fue definido inicialmente desde el aspecto volitivo, por esa razón encontramos que el dolo no sería más que la voluntad de ejecutar el acto. Posteriormente los autores tradicionales hablan ya no solo de voluntad y consciencia. Bustamante propone un claro ejemplo de este tipo de dolo: (Asua, 1997, pág. 358).

Se afirma que en este tipo de dolo al parecer el aspecto volitivo sería más pronunciado que el aspecto cognitivo pues el sujeto ambicionaría, a tal punto el objetivo, que actuaría pese a la probabilidad o no del resultado, lo que a su vez daría lugar para la afirmación más de las veces que dada la intención con la cual el agente, sería indiferente el nivel de representación que el mismo pudiera tener.

El Dolo indirecto

También se le conoce como dolo de consecuencias necesarias o dolo de segundo orden. Este tipo de dolo se da en los supuestos en los que el agente pretendería lograr un determinado resultado o estado de cosas, pero mediante ese accionar generara consecuencias que se haya ligadas a la consecución de su objetivo principal, consecuencias que se producirían de manera segura a esto se llama dolo indirecto.

Para Stratenwerth, esta forma de dolo conjuntamente con el de primer grado, deben ser agrupados bajo la terminología de dolo directo, definiendo a este como el que abarca tanto el objetivo mismo de la acción del autor como cualquier circunstancia o acontecimiento que se le parezca como condición o consecuencia necesaria de la obtención del objetivo (Stratenwerth, 1999).

Los casos a lo que se liga esta construcción tendría la siguiente estructura: A quiere matar al dueño de un edificio con una bomba, al

llevar a cabo dicha acción, producto del estallido, morirán los inquilinos de las inmediaciones, como efectivamente sucede.

Tanto para las dos primeras firmas de dolo explicadas, hay unanimidad doctrinal en sostener que existe seguridad en la producción del resultado al que aspira el agente; sin embargo haciendo un análisis un poco más detenido, posibilitarían hablar de semejante “prever como seguro el resultado”, que maneja la doctrina dominante, ya que lo habitual o usual es actuar en la inseguridad a consecuencia de una información incompleta y de un dominio inseguro de la causalidad un juicio mínimamente racional, nunca permitiría afirmar con certeza, que ha consecuencia de una adecuación, se vaya a producir un determinado resultado, pues siempre existe un espacio para el azar. De similares ideas es necesariamente siempre presentara un grado mayor o menor de abstracción, tampoco el autor prevé nunca de un modo totalmente exacto el que y el como del hecho, sino que a menudo lo hace con un alto grado de imprecisión. (Herzberg, 1986, pág. 563).

El Dolo eventual

Esta tercera modalidad de dolo tendría lugar ante supuestos en que existe una posibilidad de que se produzca una determinada consecuencia, de la cual el agente sería consciente, sin quererla como fin de su acción (Bustamante Requena, 2016).

Un caso que identificaría lo antes dicho sería: un sujeto cuya intención no está dirigida a la transformación de bienes ilícitos en lícitos, advierte esa posibilidad como consecuencia de sus actos y no le importa que aquello ocurra y sigue adelante.

No faltan voces que sostienen que aquí, la relación en la que encuentran el saber y el querer discutida desde su base, en cualquier caso, a pesar de denominarse “dolo” pero eventual, existe una diferencia notable con el auténtico dolo, pues no se perseguía el resultado y por tanto el lado volitivo, estaría configurado más débilmente, por no decir inexistente.

En esta reducción tanto del elemento intelectual, como del volitivo se encontraría una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproximaría muchísimo, el dolus eventuales a la culpa consciente, haciéndolos indistinguibles.(Bustamante Requena, 2016).

La cuestión esencial respecto del dolo eventual radica en hallar la manera de diferenciarlo de la imprudencia consciente, para lo cual se han elaborado diversas teorías:

a) Teorías de la representación

Nos dice Berinstain (1979), Esta teoría también se le denomina teoría de la probabilidad o de la posibilidad. Los propulsores de esta teoría ponen el acento en el elemento cognoscitivo del dolo, sin que resulte ya relevante el contenido de la voluntad. Exigen para afirmar la concurrencia de dolo eventual que el sujeto se haya representado el resultado que no quiere como de probable o posible producción y no obstante siga actuando.

Estas teorías presentan como inconveniente el desdibujar la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia (dolo eventual y culpa consciente se distinguirían sólo por el grado de conocimiento respecto de la probabilidad del resultado). Como consecuencia de algunas variantes de estas teorías, está adquiriendo auge en los últimos tiempos en la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo una posición que afirma la presencia de dolo atendiendo sólo al elemento cognitivo. En las modalidades más radicales de estas tesis, el mero conocimiento de la peligrosidad de la conducta ya sería indicativo de dolo, con lo que se amplía excesivamente el ámbito del tipo de injusto doloso y además se pierde de vista el mayor desvalor de acción que posee frente al imprudente.(pág. 468)

b) Teoría del consentimiento

Denominada también teoría de la aceptación o de aprobación. Los propulsores de esta teoría ponen el acento en el elemento volitivo del dolo, aunque en esta forma aparecería de una manera menos intensa,

como “aceptar” o “aprobar” la producción del resultado. Conforme a estas teorías, para determinar la concurrencia de dolo eventual se suelen emplear las fórmulas hipotéticas de Frank:

- a) Hay dolo eventual si el juzgador concluye que el sujeto hubiera actuado de todos modos, aunque estuviera seguro de que se iba producir el hecho;
- b) Hay dolo eventual si el sujeto se dice “pase lo que pase, en todo caso actúo.

También estas teorías presentan inconvenientes, pues en la práctica son imaginables supuestos en los que el autor tiene en cuenta la producción de un hipotético resultado que considera altamente indeseable, porque su producción de hecho le impediría alcanzar su objetivo, pero actúa porque de otra manera no puede lograr su objetivo principal; esto es lo que sucede, por ejemplo, en el conocido como "caso Lacman": en una barraca de feria, un tirador inexperto apuesta veinte marcos a que podrá alcanzar con un disparo a la bola de cristal que sostiene en la mano una joven, pero con su disparo lesiona a ésta. La aplicación estricta de las teorías del consentimiento o de la aceptación llevarían, en estos casos, a negar la responsabilidad dolosa del sujeto por la producción de esos resultados concomitantes, en tanto que no los aprobó o aceptó. (Schmidhäuser, 1980).

De las diferentes versiones que se han esbozado para determinar la concurrencia del factor volitivo del dolo ("conformarse con", "aceptar", "tolerar"...), goza de mayor acogida la que lo describe como una decisión del autor en contra del bien jurídico: Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente -aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta decisión por la posible afectación a bienes jurídicos es la que diferencia el contenido de desvalor del dolo eventual frente a la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición. (Asua, 1997).

c) Teoría ecléctica

Un sector de la doctrina se inclina por una postura ecléctica que combina los criterios anteriores. Se exige, por una parte, que el sujeto "tome en serio" la posibilidad de la producción de un delito y por otra que el mismo "se conforme" con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.

d) Teoría normativa

Josué Fossi (2015) ha argumentado que el dolo eventual es un modelo de imputación subjetiva límite. Con esto, el autor venezolano (siguiendo a autores como Pérez Barberá), quiere significar, que este modelo no depende de estado mental alguno en el agente, sino que es estructuralmente dependiente de la configuración normativa que establece la ley para actos que puedan ser reconducidos a los enunciados condicionales que se pueden deducir del cualquier tipo penal. Por tanto, lo que determina el dolo eventual es la norma, y no la voluntad, deseo, aceptación, indiferencia, probabilidad, representación, riesgo, que tal vez pueden (y deben) estar denotados en la norma como criterios para su constatación. (Fossi, 2015).

Posiciones acerca de la verificación del dolo en la dogmática penal

El problema del dolo en general tiene serias repercusiones en el ámbito de la praxis, es decir su verificación en el proceso penal, esta problemática tiene sustento en una de las discusiones que en el plano superior caracterizarían las relaciones e interacciones entre los ámbitos sustantivo y procesal (Bustamante Requena, 2016, pág. 87).

De otro lado también el problema sobre la verificación de un determinado estado mental, lo trae a colación Schutz cuando criticaba el postulado de que un tercero podía observar las vivencias de otra persona exactamente de la misma manera en que esa persona lo hacía, señalando que ello supondría que ese tercero mismo habría tenido que vivenciar

todos los estaos conscientes y los actos intencionales dentro de los cuales se había constituido esa experiencia (1,993, P. 129).

Dicha información importaría decir que los contenidos de la conciencia ajena nos serian accesibles por percepción directa, por ello su comprobación se encontraría principalmente con dificultades (Vlosk, 2016, pág. 159).

Tesis Descriptivas Probatorias

Posición de Schmidhauser, Schunemann y Pagliaro.

Schmidhauser, ha sostenido que los problemas procesales, prueba del dolo, exigen saber previamente en qué consiste el concepto que se quiere aplicar.

En clara referencia al tipo subjetivo del dolo, entiende que en todo caso existen posibilidades de acceder a los pensamientos de un acusado a través de confesiones de testigos y de indicios, pero ello nada tiene que ver con la exigencia de que al crearse el concepto se tenga presente a través de qué mecanismos va a ser posible aplicarlo (Schmidhäuser, 1980, pág. 243).

También Shunemann, acertadamente argumenta que no se pueden definir los conceptos fundamentales de la imputación penal desde la perspectiva procesal(Schünemann, 2008, pág. 7).

En la dogmática italiana Pagliaro (1993), se ha manifestado discrepando de aquellos que argumentan sobre la puesta en práctica de determinados conceptos penales, afirmando que la Ciencia del Derecho Penal, se ocupa de determinar el contenido de los ilícitos penales y de las respectivas sanciones, pero no de la técnica a través de la cual se averigua el sustrato del primero(pág. 274).

Tesis Adscriptiva-Atributivas

a) La Posición de Hruscka: La inexistencia del Dolo

Un segundo argumento, ya específico, contra las teorías cognoscitivistas de la prueba del dolo, consiste en negar la existencia de estados mentales. Por ejemplo, Hruschka señala que:

“(…) no existen hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que existen hechos externos. Existen en tan escasa medida como existe la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aún más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, en tanto que tal, daría con estas cosas” (Hruschka, 2003, pág. 159).

Por ello, sostiene que:

“(…) Como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se imputa. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo” (Hruschka, 2003, pág. 159).

b) La Posición de Roxin: La convicción judicial

Siguiendo las orientaciones normativistas el profesor de Munich afirma que una dogmática interesada solamente en el embellecimiento de figuras trastoca los fines del Derecho Penal en su lucha contra el delito, por eso para el logro de los fines que propone la Ciencia del Derecho Penal, sus categorías deben orientarse a la debida acreditación en el proceso penal, por ello marca distancia de concepciones ontológicas o psicológicas, razón por la cual siguiendo el proceso de normativización con respecto al dolo afirma:

“(…) el dolo no constituye un dato (factum) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del Juez” (Roxin, 2011, pág. 33).

C) La Posición de Ragues: El sentido social de la conducta como dolo

Este autor español llega a la conclusión que:

“(…) el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento que realiza una conducta objetivamente típica: la conciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal” (Ragues Valle, 1999, pág. 189).

Agregando también afirma que:

“Debe determinarse en el supuesto concreto si su protagonista ha actuado de manera efectiva con los conocimientos requeridos por el concepto de dolo” (Ragues Valle, 1999, pág. 189).

Cuando el juez afirma que “alguien ha conocido algo” lo que hace es atribuir ese conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cual fue el estado real de la subjetividad en el momento de la realización del hecho típico. Es decir que esa afirmación del dolo no se caracteriza por un juicio descriptivo sino más bien un juicio adscriptivo de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado, prescindiendo de una plena constatación empírica.

Es así que Ragues (1999), alineándose en la postura denominada por él cómo normativa y se propone superar las dificultades apuntadas con anterioridad, ya que toda propuesta, concepto o definición teórica elaborados por la dogmática penal deber ser legítima y aplicable.

Afirma también Ragues, en forma más radical, que:

“(…) La evaluación de una conducta dolosa ya no dependería de determinados datos psíquicos, sino de que dicha conducta de acuerdo con

sus características externas y perceptibles se valore socialmente como negación consciente de una norma penal y según esta afirmación tendría sentido a que la averiguación empírica de fenómenos psíquicos se hallarían ocultos en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano” (Ragues Valle, 1999, pág. 357).

Por ello que un autor individual presente determinados atributos psíquicos no significaría que tenga dolo, sino que solo se le estarían atribuyendo ciertas disposiciones internas como voluntad, conocimiento. Sin embargo, algunos problemas de esta propuesta que deben ser analizados por ejemplo esta construcción del profesor Ragues puede provocar cierta instrumentalización del individuo, ya que no es posible garantizar que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vaya a coincidir plenamente, y en todos los casos, con los auténticos conocimientos del sujeto. (Ragues Valle, 1999, pág. 358).

Es decir que existe un déficit de legitimidad en el sentido de que una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error, que se traduce en el riesgo de que con la sanción penal se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado.

De otro lado hay una cantidad considerable de casos en los que se da una situación de divergencia entre conocimientos imputados de acuerdo con el sentido social y conocimiento como realidad psicológica efectivamente acaecida. Pero, agrega que, si los individuos aspiran a que el Derecho Penal les proteja, de algún modo deben asumir el riesgo de que alguna vez se les pueda condenar por un hecho no efectivamente cometido. Ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no puede interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que esta implica. (Berinstain, 1979).

Este rechazo a la concepción psicologista como se ha podido observar puede deberse a dos razones: en primer lugar, algunos autores entienden

que la concepción psicologista no podría ser llevada a la práctica y, en segundo lugar, al Derecho Penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras realidades que le permitan cumplir de un modo más efectivo su función en la sociedad. Que tales planteamientos sean calificados de “normativos” se explica porque en ello se admite abiertamente que en la “determinación del dolo” se atribuye o imputa un hecho (conocimiento o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica del fenómeno de naturaleza psicológica (Quiroz Salazar, 2005).

Sobre esta última idea Zaffaroni, Alagia y Slokar, refieren que tales ideas se hallarían cercanas a la triste afirmación de que en toda guerra mueren inocentes, lo cual en modo alguno deber ser admitido.

2.3 **Definición de términos básicos: basado en El diccionario jurídico** (Poder Judicial, 2007).

- **Alimentista.** - Se llama alimentista al hijo que fue procreado por convivencia y recibiendo finalmente una asignación por alimentos.
- **Alimentos.** - Abarcan una serie de elementos necesarios para el sano desarrollo y armónica convivencia, que comúnmente se da a través de mediante el apoyo y sustento económico cuantificado en dinero.
- **Asistencia familiar.** - La asistencia familiar está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como tal, a lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, capacitación para el trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia.
- **Error.** - Podemos definir el error como el desconocimiento o el conocimiento equivocado de alguno, o de todos, los elementos del delito o de su misma situación antijurídica.
- **Jurisprudencia.** - Denominada también precedente judicial, staredecises, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea

derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo.

- **Resolución judicial.** - Es el acto procesal proveniente de un tribunal, mediante el cual resuelve las peticiones de las partes, o autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas. Las resoluciones judiciales requieren cumplir determinadas formalidades para validez y eficacia.
- **Teoría jurídica.** - Es la ciencia jurídica que estudia los elementos del derecho u ordenamiento jurídico existente en toda organización social y los fundamentos científicos y filosóficos que lo han permitido evolucionar hasta nuestros días. La teoría del derecho tiene como objetivo fundamental el análisis y la determinación de los elementos básicos que conforman el derecho, entendido este como ordenamiento jurídico unitario, esto es, un conjunto de normas que conforman un solo derecho u ordenamiento jurídico en una sociedad o sociedades determinadas.
- **Tipicidad.** - es la adecuación del acto humano voluntario efectuado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

2.4 Hipótesis de investigación

2.4.1 Hipótesis general

El conocimiento y la voluntad son presupuestos ineludibles para la configuración del Dolo en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal.

2.4.2 Hipótesis específicas

La verificación del “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, entre los operadores del Derecho de Huaral debe ser como presupuesto de procedibilidad.

La conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad a los casos de sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar sería siempre que ello contribuya mejor al resarcimiento al agraviado

Operacionalización de las variables

Objetivo: Describir el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal					
Objetivo Específico	VARIABLES	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	SUB INDICADORES
Determinar cómo debe verificarse el "conocimiento" y la "Voluntad" como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, entre los operadores del Derecho de Huaral.	El conocimiento y la voluntad como elementos configurativos del dolo	Elemento intelectual o cognoscitivo	El sujeto debe saber qué es lo que hace	El sujeto debe incumplir un mandato judicial de pago de alimentos	Teoría Finalista. El error
		El elemento volitivo	El sujeto debe conocer los elementos que conforman el "hecho típico" descrito en la norma penal	El sujeto debe querer incumplir un mandato judicial de pago de alimentos	
	El "conocimiento" y la "Voluntad" como presupuestos configurativos del Dolo en el Delito de Omisión a la asistencia Familiar	Conocimiento como presupuesto del Dolo.	Para el dolo eventual, el sujeto debe haberse representado el resultado que no quiere como probable o posible producción y no obstante sigue actuando.	Probabilidad Posibilidad	Teorías de la Representación
		La Voluntad como presupuesto del Dolo	Énfasis en el elemento volitivo del dolo. "aceptar" o "aprobar" la producción del resultado. El sujeto actúa de todos modos aun estando seguro de que se iba a producir el "hecho típico". Pase lo que pase, en todo caso actúa.	Aceptación o aprobación	
Identificar como se constata el "conocimiento" y la "Voluntad" como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la asistencia Familiar, en la jurisprudencia.	El "conocimiento" y la "Voluntad" como presupuestos configurativos del Dolo en el Delito de Omisión a la asistencia Familiar en la jurisprudencia peruana	Verificación de requisitos o Presupuestos de carácter procesal en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar en la jurisprudencia peruana.	Orden Judicial de pago de alimentos	El sujeto debe incumplir un mandato judicial de pago de alimentos El sujeto debe querer incumplir un mandato judicial de pago de alimentos	Descripción normativa de la ley penal

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

3.1.1. Tipo

La investigación que se propone califica, en la metodología de investigaciones jurídicas, como de Análisis Teórico- Epistemológico, cuya atención gira en torno al dolo como presupuesto del delito de Omisión en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Otros autores la califican de tipo Jurídica- Teórica. Sin embargo, por asesoría metodológica, se hará una breve observación de campo, consistente en analizar los niveles y características de la percepción de la figura jurídica en estudio entre operadores del derecho que en la jurisdicción del distrito judicial de Huaura.

3.1.2. Nivel

De nivel Descriptivo, porque el objeto es analizar y describir las exigencias doctrinarias al dolo por omisión y su contraste con la forma como se aplica en la jurisprudencia nacional. Adicionalmente a ello, también se pretende analizar los niveles y características de la percepción de la figura jurídica en estudio entre operadores del derecho que laboran en torno a los Juzgados Penales de Huaral.

3.1.3. Enfoque

El enfoque pertinente al tipo de investigación resulta ser el Cualitativo, para el análisis Teórico Jurídico Crítico y en su contraste con la realidad con enfoque Cuantitativo.

3.2 Población y muestra

Entendemos como población bajo investigación, lo que conforme al tipo de investigación ya planteado en el respectivo Plan o Protocolo de Investigación ha sido ya aprobado, consiste en las teorías del Delito sostenidas en el marco de Escuelas ya consolidadas, La Teoría Causa listica, la Teoría Sistémica, y la teoría Finalista.

Vamos a someter a verificación el criterio de los operadores del derecho en el área penal contrastándolo con los postulados teóricos de modo que nos permita identificar el basamento epistemológico de tales criterios. En tal sentido, en prurito, la población bajo estudio son los criterios de operadores del derecho con especialidad precisa sobre la materia que laboran en el ámbito de la jurisdicción de la provincia de Huaral.

3.2.1 Población

- Jueces Penales Unipersonales, que ejercen o ejercieron competencia jurisdiccional no menor a 5 años en materia penal.
- Fiscales Penales, que ejercen o ejercieron función no menor a 5 años en materia penal.
- Defensores públicos, que ejercen o ejercieron función no menor a 5 años en materia penal.

3.2.2 Muestra

- Jueces Penales Unipersonales, con competencia jurisdiccional vigente no menor a 5 años para el delito investigado,
- Jueces Penales Unipersonales, que ejercieron competencia jurisdiccional para el delito investigado dentro de los 5 años anteriores.

3.3 Técnicas de recolección de datos

- Fichas bibliográficas en sus diversas modalidades.
- Técnica de encuesta por medio de correo electrónico con el apoyo del Colegio de Abogados de Lima.

3.4 Técnicas para el procesamiento de la información

El trabajo de escritorio, documental consistente en el Análisis – síntesis – conclusiones de las diversas teorías del delito; y para la información de campo el análisis estadístico.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Análisis de resultados

TIPIFICACION DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR:

Como se ha indicado este delito se encuentra tipificado en el artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal vigente y está estructurado en tres párrafos, que se expone a continuación:”

***PÁRRAFO PRIMERO, DICE:** “El que omite cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de veinte a cincuenta y dos jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial*

A este respecto se puede mencionar que la Corte Suprema de la República, en su ejecutoria del 12 de enero del año 1988 (Expediente N° 7304-97) dice: “Que el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito, consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una Resolución Judicial, siendo un delito de Omisión Propia, donde la norma de mandato consiste en una obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia”. 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 ciento cuarenta y nueve del Código Penal.

***PÁRRAFO SEGUNDO, DICE:** “Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo, la pena no será 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, puede advertirse la posibilidad de responsabilidad penal por complicidad prevista en el Art. 25 del Código Penal: *“El que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con pena privativa de libertad prevista para el autor...”*

PÁRRAFO TERCERO, DICE: *“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 ciento cuarenta y nueve 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 por estos casos, la incidencia estadística, no es representativa especialmente del número de niños abandonados, a consecuencia de esta realidad. Sin embargo, es de conocimiento público el trabajo infantil y el abandono escolar. Si a estos niños los evaluáramos psicológica y físicamente de seguro que se le detectaría lesiones graves e irreversibles, afectándoles en su futuro.

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.

Tiene los siguientes elementos:

- **SUJETO ACTIVO.** - Del delito de omisión a la asistencia familiar es el agente que no cumple, siendo su deber jurídico cumplir la prestación económica, previamente establecida por resolución judicial en sede civil.
- **SUJETO PASIVO.** - Es la persona quién sufre las consecuencias del ilícito penal de omisión a la asistencia familiar.

DELITO PERMANENTE. -Debido a que cuando la acción delictiva misma permite por sus propias características que se pueda prolongar en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho, en cada uno de sus momentos, entonces todos los momentos de su duración puede imputarse como de consumación.

DELITO DE PELIGRO. - La responsabilidad penal conlleva la idea de peligro, la resolución judicial impuesta en sede civil, reestablece el equilibrio, obligando el cumplimiento del derecho alimentario, y de esta manera el daño ocasionado al bien jurídico que es la familia, es reparado mediante la asistencia familiar por los conceptos de alimentos, salud, vivienda, educación, recreación y con ello el peligro contra la familia y su seguridad jurídica se reestablece.

CONTEXTO SOCIAL DEL PROBLEMA.- En toda sociedad civilizada, el sistema jurídico está fundamentado sobre su Carta Magna, en un Estado de Derecho, la nuestra de igual manera se fundamenta en la Constitución Política del Estado Peruano, y dentro de ella considera a la familia como la institución básica más importante de la sociedad, pero no obstante la importancia que tiene a nivel Constitucional, en la realidad no hay concordancia entre el espíritu de la norma y las relaciones familiares a la que va dirigida, más aún si tenemos en cuenta que la sociedad que está en constante cambio, no se promueve con eficacia la vigencia de los valores de la vida matrimonial y familiar, y se considere una pesada carga económica la obligación de acudir con alimentos a la prole, cuando existe un mandato judicial, perdiéndose de vista la trascendencia de dicha obligación.

Otro aspecto relevante, es que el acceso a la vía penal por el delito de abandono de familia, es una consecuencia de una serie de situaciones que generalmente los omisos al cumplimiento de un mandato judicial no se encuentran en capacidad económica por desempleo.

La jurisprudencia nacional y el dolo en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

3° SALA PENAL DE APELACIONES – SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE: 02945-2016-24-0401-JR-PE-01

SENTENCIA DE VISTA N°- 2017 - 3SPAA

Proceso Inmediato

Resolución N° 08, Arequipa, veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

ATENDIENDO: Al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, en contra de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver del delito de Omisión a la Asistencia familiar a Javier Paolo Valdivia Gonzales, a efecto de que se declare nula la misma y se ordene nuevo juicio oral, por los siguientes fundamentos:

Que la sentencia apelada vulnera el debido proceso, puesto que se ha infringido el deber de motivación y fundamentación de las resoluciones judiciales, configurándose así la causal de nulidad absoluta establecida en el literal d) del artículo 150. Tal vulneración se dio en los siguientes aspectos:

No se valoró del informe emitido por la línea de consulta **CONADIS** respecto a la discapacidad leve del imputado, ya que la información que allí aparece es corroborada mediante un procedimiento –conforme lo establece la *Resolución Ministerial N° 013-2015/MINSA-*, que asegura la veracidad de la misma. Además, no se contrastó la impresión de consulta en línea de **CONADIS** ofrecido por el Ministerio Público, con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010, ofrecido por el imputado.

El delito de Omisión a la asistencia familiar se configura con la sentencia de alimentos (obligación), el requerimiento de pago (conocimiento de la obligación), y el incumplimiento de pago. No siendo necesario para este delito analizar la capacidad de pago, pues está ya se recogió en la sentencia civil, sin perjuicio de ser postulada como causa de justificación.

II. CONSIDERANDO que:

PRIMERO: Objeto de Juzgamiento

1.1. La imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar en contra de Javier Paolo Valdivia Gonzales; en síntesis, es la siguiente:

El Segundo Juzgado de Paz Letrado de Arequipa en la resolución N° 07-2005, del 10 de octubre del 2007, declara fundada la demanda de alimentos a favor de Renato Paolo y María Fernanda Valdivia Ponce, y Karla Juana Ponce Zúñiga, disponiendo que el demandado, Javier Paolo Valdivia Gonzales, cumpla con acudir de manera

mensual y adelantada la suma de S/. 600.00 nuevos soles. Dicho fallo fue confirmado mediante la sentencia de vista N° 024-2008, del 08 de junio del 2013.

*El demandado incumplió con su obligación alimentaria desde el 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, de lo que se tiene como monto liquidado y adeudado la suma de S/. 12,776.93 soles, la cual fue establecida mediante la Resolución de Liquidación de Pensiones Devengadas de Alimentos N° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014, la misma que fue puesta en conocimiento del imputado con **fecha 17 de diciembre del 2014**, por lo que, ante el incumplimiento en el término establecido, se hizo efectivo el apercibimiento, remitiéndose copias al Ministerio Público el 16 de enero del 2016.*

SEGUNDO: Análisis fáctico jurídico.

Sobre la indebida valoración probatoria.

El derecho de las partes procesales dentro de un proceso penal, no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; sino también, a que estos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba, y que estos sean **valorados de manera adecuada y con la motivación debida**, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que las partes puedan comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado

2. El juzgado consideró, en su fundamento 6.4 de la sentencia que:

(...) Se ha oralizado el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de fecha 08 de abril del 2010, donde se señala que: “la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano siendo que en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, fecha de inicio 28 de mayo del 2010, igualmente en el fundamento del Dictamen N° 1173-2010 señala que sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoya y Fernando Ruiz”,

con lo cual se encuentra acreditado que el acusado tiene una invalidez permanente por la cual se ha determinado que no puede valerse por sí mismo y no podría realizar una labor en forma normal y teniendo en cuenta que el periodo de las pensiones devengadas data del 01 de julio del 2009 al 31 de marzo del 2011, periodo dentro del cual se ha acreditado dicho estado, por lo que se tiene que durante dicho periodo el acusado no se encontraba en las posibilidades de cumplir con dicha obligación; que si bien el Ministerio Público ha ofrecido y oralizado la impresión de consulta de CONADIS de fecha 30 de setiembre del 2016 donde se señala que: “la persona de JAVIER PAOLO VALDIVIA GONZALES identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”, se debe tener en cuenta que dicho documento se trata tan sólo de una consulta en Línea, no habiéndose presentado ningún documento tendiente a desvirtuar el resultado de un dictamen médico; (...).

La Sala considera que, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, que uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por la valoración de los medios probatorios actuados en el proceso y con la motivación debida al respecto. Se presenta entonces una doble exigencia. En **primer lugar**, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en **segundo lugar**, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

El deber de la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien tiene que acreditar probatoriamente cada uno de sus fácticos imputados; la parte imputada puede ejercer una defensa activa, postulando nuevos hechos que enerven la imputación de la fiscalía, ello configura la esencia del contradictorio; en ambos casos la prueba debe ser capaz de producir un conocimiento cierto en la conciencia del juez.

En el caso concreto, la defensa ha propuesto que el imputado tiene imposibilidad de cumplir con la obligación alimentaria en atención a un incapacidad física cognitiva, precisa que lo ha acreditado con el Dictamen de Evaluación y calificación de invalidez N° 1173-2010 emitido por AFP PRIMA de **fecha 08 de abril del 2010**,

mismo que señala que: *“Javier Paolo Valdivia Gonzales sufre de Trastorno cognitivo y secuela de trauma encéfalo craneano, en el rubro de calificación de invalidez se ha señalado que es de naturaleza permanente, sufre alteración de las funciones complejas e integradas del cerebro, no puede valerse por sí mismo, asigna 70%MGP, firmado por Luis Otoya y Fernando Ruiz”*; el Juzgado consideró que el Ministerio Público, no desvirtuó tal dictamen, pues solo presentó una consulta en línea de Conadis de fecha 30 de setiembre del 2016 (de fecha posterior al requerimiento de pago) donde se señala que: *“la persona de Javier Paolo Valdivia Gonzales identificado con DNI N° 29419990 sufre un nivel de gravedad leve”*, este documento no ha generado convicción en el Juzgado, ya que no ha desvirtuado el dictamen presentado por la defensa, pues no es aceptable considerar que la entidad privada “PRIMA AFP” emita sus dictámenes en contra de sus propios intereses, más aún que la fecha es posterior al requerimiento de pago.

La Sala considera que los fundamentos dados por el Juzgado sustentan su decisión, pues ha dado fuerza acreditativa – eficacia probatoria- al Dictamen presentado por la defensa; y a su vez se evidencia que si ha valorado la poca fuerza acreditativa del documento en línea de CONADIS. Por lo que este extremo de la resolución cuestionada por la representante del Ministerio Público debe ser confirmado.

Sobre la configuración del delito de Omisión a la Asistencia Familiar:

2.1. El Juzgado consideró que, *“(…) se tiene que en el caso concreto la defensa está acreditando que las circunstancias que se meritaban en la sentencia civil habrían variado y que se cuenta con un dictamen médico que establece una invalidez permanente, máxime que ante dicho medio probatorio y defensa positiva el Ministerio Público no ha presentado ningún elemento probatorio que acredite además que el acusado cuente con un patrimonio o posibilidades para poder cumplir con su obligación alimentaria, (...) por lo que al no haberse acreditado la capacidad económica del imputado durante el tiempo en que se incumplió la obligación alimentaria, al sufrir una discapacidad de forma permanente lo cual se ha impedido actuar conforme al mandato legal, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116, ha establecido como*

*doctrina legal, el fundamento 15 en relación al delito de omisión a la asistencia familiar que: “El delito de omisión a la asistencia familiar, **por su propia configuración típica**, exige la previa decisión de la justicia civil, que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos, no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad, ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria – la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura, quien omite la conducta debía, pudiendo hacerlo”, por lo que en merito a dicho argumentos, debe absolverse al acusado”.*

2.2. La Sala Considera en atención al principio de exhaustividad, respecto al cuestionamiento que realiza el representante del Ministerio Público, que el *A quo* ha motivado debidamente la sentencia venida en grado citando al profesor Queralt Jiménez y sustentando sus argumentos en el **Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116**, mismo que expresamente describe que el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, **por su propia configuración típica** exige no solo la obligación legal del imputado, la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Sino también, necesariamente **la posibilidad de actuar**, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual se comete un delito de dicha estructura.

La estructura típica del delito de omisión propia [Omisión a la Asistencia familiar] tiene un aspecto objetivo (tipo objetivo) y un aspecto subjetivo (tipo subjetivo). En el aspecto objetivo del tipo de omisión propia se establecen tres elementos distintivos: i) Situación típica generadora del deber, ii) No realización de la conducta ordenada, iii) Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada. La tipicidad en el delito omisivo es una operación inversa a la del delito de comisión. En el de comisión debe subsumirse la conducta realizada en la descrita por el tipo.

En el delito de omisión, la tipicidad se comprueba demostrando que la conducta realizada no se subsume en la descripción de la acción ordenada”.

2.3. Entonces, debe verificarse la capacidad de pago (Posibilidad psico-física del individuo para ejecutar la acción ordenada). Si bien está acreditada objetivamente: *i*) el mandato de un pago de alimentos [sentencia civil de alimentos de fecha diez de octubre del dos mil siete], *ii*) el requerimiento de pago [resolución N° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014], *iii*) el no cumplimiento del requerimiento [remisión de copias al Ministerio Público con fecha 16 de enero del 2016]; sin embargo, la defensa precisa que la incapacidad adquirida por su representado viene ya desde el **quince de julio del dos mil cuatro**, pues sufrió un accidente generándole una discapacidad del 70% de carácter permanente, producto de un desbarranco que sufrió en el puente de Fierro, en el que tuvo fractura expuesta de base de cráneo, desgarró de hígado, fracturas intercostales, entre otras fracturas graves, además de un trastorno cognitivo con un menoscabo del 70%; por lo que a la fecha del requerimiento de pago el 01 de diciembre del dos mil catorce, su patrocinado ya se encontraba en la imposibilidad de ejecutar la acción ordenada. Fundamentos por los que concordamos con el razonamiento del *A quo*.

TERCERO: Costas de la instancia

No corresponde la imposición de costas en esta instancia de conformidad con el artículo 497° numeral 5 del Código Procesal Penal.

Por lo que;

III. RESOLVEMOS:

DECLARAR, INFUNDADA la apelación de la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017, que resuelve absolver a **Javier Paolo Valdivia Gonzales** del delito de Omisión a la Asistencia familiar previsto en el artículo 149 del Código Penal, en agravio de RENATO PAOLO y MARIA FERNANDA VALDIVIA PONCE, representada por su madre KARLA JUANA PONCE DE ZÚÑIGA y en agravio de KARLA JUANA PONCE ZUÑIGA. En consecuencia,

CONFIRMAMOS la Sentencia N° 91-2017-3JUP-CSJA, de fecha 03 de mayo del 2017. Sin Costas de Instancia. **REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER.** Juez Superior
Ponente: Luis Alberto Rodríguez Pantigoso.

SS.

CORNEJO PALOMINO

CACERES VALENCIA

RODRIGUEZ PANTIGOSO

ANALISIS: La prueba debe ser suficiente para crear convicción al Juez de la responsabilidad penal:

En efecto, la prueba debe ser capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características:

Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación;

Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba;

Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto;

Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

ANALISIS: Sobre la prueba del dolo en Delito de Omisión a la asistencia familiar.

Sostiene esta jurisprudencia que en los delitos omisivos son aquellos que contienen un mandato de acción que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si se evitó o no la lesión del bien jurídico. Está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Ejemplo: el delito previsto en el artículo 127° C.P. que reprime a quien “encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros o se abstiene de dar aviso a la autoridad”

ACUERDO PLENARIO

EXTRAORDINARIO N° 2-2016/CIJ-116

JUECES SUPREMOS EN LO PENAL

(El tenor íntegro se ha anexado al presente informe)

ANALISIS: Según se advierte, los criterios allí vertidos, el proceso inmediato se sustenta, primero, en la noción de “simplificación procesal”, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de “evidencia delictiva” o “prueba evidente. Desde esta perspectiva, algún sector de la comunidad jurídica consideró que los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y los delitos de omisión de asistencia familiar -que deben considerarse como conductas propias de delincuencia común-, presentaban dificultades para cumplir con las exigencias que requiere el proceso inmediato reformado. Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la “seguridad” de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar pareciera que no hace falta que concurren los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Sin

embargo, es necesario advertir lo siguiente. La justificación constitucional del proceso inmediato se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo.

OPINIÓN DE LOS OPERADORES DEL DERECHO SOBRE CONVERSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD.

Tabla N°1:

Pregunta a jueces en materia penal: ¿considera usted que la prestación de servicios a la comunidad constituye una alternativa en la conversión de penas?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	100%
NO	0	0%
TOTAL	5	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron los Jueces penales, se determina: Así lo establece el Artículo 52° del Código Penal, asimismo se tiene que es una medida menos extrema que la pena privativa de libertad y procede cuando no es posible aplicarse una condena condicional a la reserva de fallo condenatorio. Además, que la prestación de

servicios a la comunidad ayuda al tratamiento para la rehabilitación. Y el ocuparse en actividades lícitas, permite evitar dedicarse a actos ilícitos.

Tabla N°2: Pregunta a fiscales penales de Huaral: ¿considera usted que la prestación de servicios a la comunidad constituye una alternativa en la conversión de penas?

FISCALES PENALES DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	100%
NO	0	0%
TOTAL	8	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas, se determina: Que es una alternativa que permite resocializar y reeducar al sentenciado, así como también se debe tomar en cuenta que las sobrepoblaciones de los centros penitenciarios en un porcentaje son por delitos de bagatela y no se cumple con el fin resocializador de la pena, y en cambio con el trabajo comunitario se podría cumplir con dicha pena fijándose en los parámetros respectivos. A demás es necesario indicar que en los delitos que no reviste mucha gravedad es más adecuada la imposición de este tipo de penas en reemplazo de la pena Privativa de Libertad efectiva, debido a que se logra mejores resultados en el Proceso de la Resocialización de los sentenciados, siendo debidamente controlados. Siendo evidente que la prestación de servicios a la comunidad es una alternativa adecuada y más efectiva que la aplicación de penas suspendidas, ya que facilita la resocialización del procesado en libertad.

Tabla N°3:

Pregunta a defensores públicos en materia penal: ¿considera usted que la prestación de servicios a la comunidad constituye una alternativa en la conversión de penas?

DEFENSORES PÚBLICOS EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores Públicos en lo Penal, se determina:

Que sí. Entendiendo que el trabajo comunitario es un tipo de pena reconocido en nuestra legislación, además que esta pena puede ser independiente en su aplicación respecto de otras penas, en consecuencia, puede establecerse como pena alternativa a una posible conversión de penas. Es así que con el trabajo comunitario que realizara el sentenciado, hará que el mismo internalice las consecuencias de la comisión de un delito.

Que no. Debido a que no existe un mecanismo adecuado de requerimiento para su debido cumplimiento.

Tabla N° 4:

Pregunta a Jueces en materia penal: desde su punto de vista, ¿usted considera que la prestación de servicios a la comunidad constituiría una sanción loable aplicable al delito de omisión de asistencia familiar?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	80%
NO	1	20%
TOTAL	5	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Jueces en materia Penal, se determina:

Que sí. Precisamente en el Delito de Omisión de Asistencia Familiar, porque la pena suspendida sin el trabajo comunitario no resocializa al sentenciado. Además, la propia norma contenida en el Artículo 149° del Código Penal establece esa posibilidad. En realidad, no es una sanción. Las penas no son en esencia sanciones, sino consecuencias del delito que tienen por finalidad prevenir delitos, buscando la rehabilitación y resocialización, debiendo ser el pago de la reparación civil un requisito para tal conversión.

Que no. Porque en el caso del delito de Omisión de Asistencia Familiar el agraviado es una persona natural que requiere el cumplimiento de una obligación alimentaria lo cual se puede ver afectado justamente por la prestación de servicios comunitarios ya que afecta el tiempo efectivo de labor del procesado.

Tabla N° 5:

Pregunta a fiscal provincial penal de Huaral: desde su punto de vista, ¿usted considera que la prestación de servicios a la comunidad constituiría una sanción loable aplicable al delito de omisión de asistencia familiar?

FISCAL PROVINCIAL PENAL DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	87%
NO	1	13%
TOTAL	8	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron tanto Fiscales, se determina:

La pena en este tipo de delitos es mínima, y el cumplimiento de esta pena es un centro penitenciario no es recomendable, tampoco es recomendable que la pena sea suspendida en su ejecución, por ser muy leve el tipo de sanción, por lo que lo recomendable sería la Prestación de Servicios Comunitarios, que es una especie de pena intermedia, ni muy grave, ni muy leve en su cumplimiento lo que permitiría una verdadera prevención especial de la pena.

Además, que es una manera más efectiva para la reinserción a la sociedad del sentenciado, ya que al cumplir la pena de prestación de servicios se obliga al sentenciado a realizar trabajos gratuitos en entidades asistenciales públicas.

De tomarse en cuenta que el bien protegido en este tipo de delitos es el interés superior del niño, por lo que debe asegurarse el cumplimiento inclusive de la pensión de alimentos que se obliga al padre de familia y con un trabajo comunitario podría cumplirse con la protección de dicho bien jurídico.

Tabla N° 6:

Pregunta a defensor público en materia penal: desde su punto de vista, ¿usted considera que la prestación de servicios a la comunidad constituiría una sanción loable aplicable al delito de omisión de asistencia familiar?

DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores Públicos se determina:

Que sí. Siempre y cuando dicha sanción esté relacionada al pago de la reparación civil.

Que no. Toda vez que en la práctica se ha demostrado que por lo general las penas impuestas son suspendidas.

Tabla N°07

Pregunta a jueces en materia penal: ¿consideraría usted que la prestación de servicios a la comunidad como alternativa para la conversión de penas en el delito de omisión de asistencia familiar resultaría eficiente para efectos de la resocialización del imputado?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	80%
NO	1	20%
TOTAL	5	100%

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Jueces en materia Penal, se determina:
Que sí. Debido a que el sentenciado por delito de Omisión de Asistencia Familiar al prestar servicios a la comunidad no solo va a tomar conciencia del pago de la reparación civil si no también va a tomar conciencia de la actividad laboral, haciéndolo más responsable. Además, que este tipo de trabajo resulta ser eficiente, por cuanto el sentenciado tendrá que realizar trabajo en una entidad en forma obligatoria, personal y responsable bajo apercibimiento de hacerse efectiva la pena privativa de libertad.

Tabla N°08

Pregunta a fiscales provinciales de Huaral: ¿consideraría usted que la prestación de servicios a la comunidad como alternativa para la conversión de penas en el delito de omisión de asistencia familiar resultaría eficiente para efectos de la resocialización del imputado?

FISCAL PROVINCIAL DE HUARAL		
	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	8	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron tanto Fiscales se determina:

Que sí. Tomando en cuenta la función resocializadora de la pena, al cumplir el sentenciado una pena de prestación de servicios a la comunidad los beneficiarios de manera directa serían los agraviados con el pago de la reparación civil.

Además, que el delito de Omisión de Asistencia Familiar al ser un delito de peligro debe ser sancionado con una pena que permita al imputado cumplir su pena, pero sobre todo cumplir con el pago de la reparación civil sin afectar con el pago de los alimentos, que ha motivado el proceso en su contra, sin embargo, la pena de trabajo comunitario debe tener mejor regulación.

Es una pena menos gravosa que la pena privativa de libertad efectiva y no tan leve como una pena suspendida en su ejecución, siendo la pena adecuada para lograr la

resocialización del sentenciado, teniendo en cuenta que en caso de incumplimiento puede revocarse y convertirse en pena privativa de libertad efectiva.

Tabla N°09

Pregunta a defensores públicos en materia penal: ¿consideraría usted que la prestación de servicios a la comunidad como alternativa para la conversión de penas en el delito de omisión de asistencia familiar resultaría eficiente para efectos de la resocialización del imputado?

DEFENSORES PUBLICOS DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	30 %
NO	7	70 %
TOTAL	10	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores Públicos en materia Civil y Penal, se determina:

Que no. Debido a que se estaría dejando desamparada a la parte agraviada quien no vería una expectativa real de pago de los alimentos devengados, así como la reparación civil a imponerse, y el imputado podría incurrir nuevamente en la comisión de este delito ya que la pensión alimenticia es permanente.

Además, que el servicio comunitario es justificable por el interés, refiriendo a la subsistencia de la prole.

Considerándose de esta manera que es una pena muy benigna, para personas que no han cumplido sus obligaciones paternas dejando conscientemente al abandono a su prole.

Tabla N° 10

Pregunta a jueces en materia penal: ¿consideraría usted que el delito de omisión de asistencia familiar al tener como aplicación penas de carácter suspendidas cumple con la resocialización del imputado?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	40 %
NO	3	60 %
TOTAL	5	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Jueces en materia Penal, se determina:

Que, no. Se tiene que quienes han sido sentenciados a pena privativa de libertad suspendida en su ejecución en un alto porcentaje han reincidido. La pena suspendida lamentablemente es un “saludo a la bandera” por cuanto no se cumple con las reglas de conducta.

Tabla N° 11

Pregunta a fiscal penal de Huaral: ¿consideraría usted que el delito de omisión de asistencia familiar al tener como aplicación penas de carácter suspendidas cumple con la resocialización del imputado?

FISCAL PENAL DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	12 %
NO	7	88 %
TOTAL	8	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron los Fiscales, se determina:

Que, no. Porque la exigencia es cumplir solo reglas de conducta en las penas suspendidas y no tiene un efecto coercitivo. Es decir, que, con la pena suspendida en su ejecución, el sentenciado solo debe cumplir con las reglas de conducta impuestas y el pago de reparación civil, mas no cumple una labor o prestación efectiva, como si lo hace en el caso del cumplimiento de una pena de prestación de servicios a la comunidad. Además, resulta ser una pena muy benigna, por lo que no genera conciencia del hecho delictivo que ha cometido el sentenciado, por lo que la prestación de servicios a la comunidad resulta la adecuada para resocializar.

Tabla N° 12

Pregunta a defensores públicos en materia penal: ¿consideraría usted que el delito de omisión de asistencia familiar al tener como aplicación penas de carácter suspendidas cumple con la resocialización del imputado?

DEFENSORES PÚBLICOS EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	10 %
NO	9	90 %
TOTAL	10	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores Públicos en materia Penal, se determina:

Que, no. La resocialización en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, debe estar dirigida a inculcar en los sentenciados la responsabilidad en el cumplimiento de su obligación, pero esto responde a su voluntad a lo que la ley no llega a obligar. Es el temor a una condena lo que genera el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, al ser suspendida la pena el imputado no siente el peso de la sanción, incurriendo muchas veces en nuevos delitos de la misma naturaleza.

Tabla N° 13

Pregunta jueces en materia penal: ¿Usted considera que la prestación de servicios a la comunidad no remunerado en la conversión de penas resulta ser un trabajo forzado e inconstitucional?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0 %
NO	5	100 %
TOTAL	5	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Jueces en materia Penal, se determina: Que, no. No son trabajos forzados ni inconstitucionales. En caso del trabajo comunitario solo es en virtud de un mandato judicial contenida en la sentencia por ende no puede ser remunerado porque es el cumplimiento de una pena. Es decir, es consecuencia de la comisión de un delito, siendo así, una forma de rehabilitación. Y no es inconstitucional, más bien es una alternativa favorable al procesado, una medida menos drástica que la pena privativa de libertad, la intención es que el sentenciado cumpla su pena no afectando nuevamente su capacidad de pago de alimentos, o sea protegiendo la subsistencia de la prole.

Tabla N° 14

Pregunta fiscal penal de Huaral: ¿Usted considera que la prestación de servicios a la comunidad no remunerado en la conversión de penas resulta ser un trabajo forzado e inconstitucional?

FISCAL PENAL DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0 %
NO	8	100 %
TOTAL	8	100

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron tanto Fiscales Provinciales y Adjuntos, se determina:

Que, no. Porque este tipo de trabajo no es forzado y los fines que se buscan son otros, por lo que este tipo de pena no es inconstitucional, porque se fija considerando los conocimientos y las cualidades del sentenciado. Además, que permite que el condenado cumpla con una pena de manera efectiva en favor de la sociedad, lo que evita la sobrepoblación de las cárceles, donde solo se restringe la libertad del individuo sin que aporte nada a la sociedad.

Tabla N° 15

Pregunta a defensores públicos en materia Penal: ¿Usted considera que la prestación de servicios a la comunidad no remunerado en la conversión de penas resulta ser un trabajo forzado e inconstitucional?

DEFENSORES PÚBLICOS EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	10 %
NO	9	90 %
TOTAL	10	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores, se determina:

Que, sí. Al ser una pena, su cumplimiento está condicionado, por ende, al incumplimiento puede revocarse la medida por una de prisión efectiva.

Que, no. Porque, propiamente no es un trabajo, sino una sanción penal y como tal no obliga a percibir una remuneración.

Es decir, el carácter no remunerativo para las penas limitativas de libertad, en este caso frente al servicio comunitario de ninguna forma es “forzado e inconstitucional”, toda vez que su reglamentación podría permitir al sentenciado elegir circunstancias particulares para prestar el servicio siempre que sea la mejor forma de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de manutención a la prole.

En determinados casos, es una medida necesaria que beneficia al sentenciado, quien antes de sufrir una condena efectiva preferirá invertir algunas horas para cumplir su sanción.

Tabla N° 16

Pregunta a jueces en materia Penal: ¿el dolo como presupuesto de la tipicidad subjetiva en el delito de omisión a la asistencia familiar debe ser probado de forma idéntica como en el delito de acción?

JUECES EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	80 %
NO	1	20 %
TOTAL	5	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Jueces en materia Penal, se determina:

Que, sí. Es decir que el criterio jurisdiccional, 80%, es de alta exigencia respecto la prueba de cargo respecto de los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Que no. Es decir, que solo un 20% se tiene como criterio que, en los casos del Delito en mención, la exigencia de la prueba de cargo está determinada por el conocimiento de la exigencia al cumplimiento de la obligación en el fuero civil, y que su mero incumplimiento ya configura el Dolo.

Tabla N° 17

Pregunta a fiscal penal de Huaral: ¿el dolo como presupuesto de la tipicidad subjetiva en el delito de omisión a la asistencia familiar debe ser probado de forma idéntica como en el delito de acción?

FISCAL PENAL DE HUARAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0 %
NO	8	100 %
TOTAL	8	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron los señores Fiscales, se determina:

Que no. Es decir, los Fiscales tienen como criterio que en estos delitos la prueba del dolo no tiene la misma exigencia para los delitos de acción. Ello por hacer primar en dicho criterio la naturaleza del bien jurídico.

Tabla N° 18

Pregunta a defensores públicos en materia penal: ¿el dolo como presupuesto de la tipicidad subjetiva en el delito de omisión a la asistencia familiar debe ser probado de forma idéntica como en el delito de acción?

DEFENSORES PÚBLICOS EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	20 %
NO	8	80 %
TOTAL	10	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores, se determina:

Que no: Es decir, el 80% de los Defensores Públicos estiman para que un acusado por el delito de omisión a la asistencia familiar la conducta dolosa tendría que ser acreditada y probada de forma similar para un delito doloso por comisión. Esta postura tal vez se explique debido al rol que asumen los defensores públicos a favor del procesado. Siendo así, el criterio favorece el rol de defensor y dificulta la acusación.

Tabla N° 19

Pregunta a jueces en materia penal: ¿La configuración del delito de omisión a la asistencia familiar se satisface cuando se incumple la orden judicial de alimentar a la prole careciendo de importancia la razón de la omisión?

JUECES EN MATERIA PENAL		
	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	60 %
NO	2	40 %
TOTAL	5	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron los jueces, se determina:

Que si: Es decir el 60% sostienen que el aspecto subjetivo se satisface tan solo si se acredita el incumplimiento del mandato judicial, que supone haya sido de conocimiento y ex profesamente no cumple la orden.

Que no: Es decir, un 40% si cree es necesario verificar debidamente la voluntad y ánimo ex profeso de negarse a alimentar a la prole, es decir que sí importa verificar en aspecto volitivo del comportamiento.

Tabla N° 20

Pregunta a fiscal penal de Huaral: ¿La configuración del delito de omisión a la asistencia familiar se satisface cuando se incumple la orden judicial de alimentar a la prole careciendo de importancia la razón de la omisión?

FISCAL PENAL DE HUARAL		
	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	91.3 %
NO	1	8.7 %
TOTAL	8	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron los Fiscales, se determina:

Que sí. El 91.3% no le atribuye necesidad de acreditar la razón de la conducta omisiva.

Que no. El 8.7 % sostiene que se haría necesario verificar la razón del incumplimiento para la configuración del ilícito penal.

Tabla N° 21

Pregunta a defensores públicos en materia Penal: ¿La configuración del delito de omisión a la asistencia familiar se satisface cuando se incumple la orden judicial de alimentar a la prole careciendo de importancia la razón de la omisión?

DEFENSORES PÚBLICOS EN MATERIA PENAL

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	80 %
NO	2	20 %
TOTAL	10	100 %

Nota: Elaboración propia

Del análisis de las respuestas que ofrecieron Defensores, se determina:
Que sí. El 80 % debe verificarse en la acusación la razón de la conducta omisiva.
Que no. El 20% basta verificar la omisión.

4.2 Contratación de hipótesis

Sostuvimos como hipótesis principal, que el conocimiento y la voluntad son presupuestos ineludibles para la configuración del Dolo en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal.

Contraste: De la descripción de la norma penal no hay mayor exigencia respecto a la condición de la conducta omisiva. Sin embargo, al tratarse de una Omisión, la jurisprudencia si ha consensuado en establecer la cláusula de salvaguarda, como para todos los delitos omisivos, la exigencia rigurosa del aspecto volitivo de la conducta omisiva.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1 Discusión de resultados

La Omisión a la Asistencia Familiar, además de ser un delito por las consecuencias que tiene en la vida de los directamente afectados —por su repercusión en el entorno social— se hace merecedora de una sanción ejemplar. Sin embargo, por mucho tiempo no se aplicaba en estricto el artículo 29° del Código Penal que permite a los jueces dictar pena privativa de la libertad efectiva a partir del mínimo de 2 días de condena efectiva, debido a que por usanza tratándose de un delito cuya pena no excedía los 4 años de carcelería, las condenas que se imponían resultaban condicionales y se imponían reglas de conducta, con la expectativa de que pudiera generarse el ingreso que le permita cumplir con sus obligaciones y el mandato judicial.

En los últimos tiempos y debido a la incidencia en la comisión del delito se ha observado en la administración de justicia mayor rigor y decisión aplicando el artículo 46°; 46°B y 46°C del Código Penal y, por ende, dictando condenas privativas de libertad efectivas a quienes resultan reincidentes o agentes habituales del delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

Entendemos que el magistrado se encuentra en la disyuntiva, por un lado, de administrar justicia en aplicación estricta de la norma penal, haciendo merecedor de una sanción al agente infractor y, por otro lado, determinar el tipo de condena, es decir, darle la oportunidad de cumplir una condena condicional o disponer una condena de carcelería efectiva con el riesgo de que el desamparo que se pretende subsanar se prolongue en el tiempo por la ausencia del agente obligado. Lo cual implica que el fallo judicial contenga una significativa dosis de análisis social de los actuados y nos atrevemos a decir que en este tipo de delitos el criterio de justicia cumple un rol preponderante.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

El sistema jurídico penal protege al bien jurídico, corresponde al Estado y la sociedad armonizar la vocación de la ley penal en su contexto social, buscando como resultado que la pena fijada cumpla sus fines, entre otros preventivo. De modo tal que se reduzca la incidencia del delito de omisión a la asistencia familiar.

Sin perder la perspectiva estamos en condiciones de concluir que, para los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, el aumento de la pena o la severidad de la condena no ayuda a cumplir con el objetivo central, que es proveer de asistencia alimentaria suficiente para cubrir las necesidades de los alimentistas. Por ello resultaría más productivo pensar en mecanismos que a la vez que sancionen el delito, aseguren que la asistencia alimentaria se haga efectiva. Tal vez en esa perspectiva se explica el REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS.

El Trabajo Comunitario constituye una alternativa en la Conversión de Penas, como lo establece el Artículo 52° del Código Penal, donde se le faculta al Juez a convertir la pena privativa de libertad en los casos que no fuera procedente la condena condicional a la reserva del fallo condenatorio, cuando la pena es no mayor de cuatro años. Evidentemente el trabajo comunitario es una alternativa adecuada y más efectiva que la aplicación de penas suspendidas ya que facilita la resocialización del procesado en libertad.

El Trabajo Comunitario constituye una alternativa en la Conversión de Penas, como lo establece el Artículo 52° del Código Penal, donde se le faculta al Juez a convertir la pena privativa de libertad en los casos que no fuera procedente la condena condicional a la reserva del fallo condenatorio, cuando la pena es no mayor de cuatro años. Evidentemente el trabajo comunitario es una alternativa adecuada y más efectiva que la aplicación de penas suspendidas ya que facilita la resocialización del procesado en libertad.

El Trabajo Comunitario constituye una sanción loable aplicada al delito de Omisión de Asistencia Familiar, donde en realidad no es una sanción, ya que las penas no son en esencia sanciones, sino consecuencias del delito que tienen por finalidad prevenir delitos buscando de esta manera la rehabilitación y la resocialización, y si el trabajo comunitario va a servir a esos fines se debe aplicar, caso contrario será necesario otro tipo de penas, requiriéndose básicamente para la aplicación del trabajo comunitario el pago de la reparación civil.

Además, debe tomarse en cuenta que el bien protegido en este tipo de delitos es el bienestar del niño, por lo que debe asegurarse el cumplimiento inclusive de la pensión de alimentos que se obliga al padre de familia y con el trabajo comunitario podría cumplirse con la protección de dicho bien jurídico.

El trabajo comunitario permite la modificación de la conducta, en no reincidir o ser habitual, ya que las obligaciones de alimentos son por tiempos prolongados, donde la persona tiene que cumplir con la prestación a favor de sus hijos y adquiere costumbre o responsabilidad en cumplir su obligación en el proceso civil.

El trabajo comunitario como alternativa para la Conversión de Penas en el delito de Omisión de Asistencia Familiar resulta eficiente para efectos de la resocialización del imputado, pero siempre y cuando la reparación civil este cancelada, además que resulta ser eficaz por cuanto el sentenciado tendrá que realizar trabajo en una entidad en forma obligatoria, personal y responsable, bajo apercibimiento de hacerse realidad la pena privativa de libertad.

Tomando en cuenta la función resocializadora de la pena, al cumplir el sentenciado una pena de prestación de servicios a la comunidad de manera directa los destinatarios del cumplimiento efectivo de dicha pena resultan beneficiados lo que constituye a que el infractor se reincorpore al seno de la sociedad.

El delito de Omisión de Asistencia Familiar al tener como aplicación penas de carácter suspendidas no cumple con la resocialización del imputado, debido a que se tiene que quienes han sido sentenciados a pena privativa de libertad suspendida

en su ejecución, en un alto porcentaje han reincidido y en muchos casos se han convertido en sujetos activos del delito en calidad de habituales.

Además, que resulta ser una pena muy benigna, por lo que no genera conciencia del hecho delictivo, considerándose que las penas suspendidas son una suerte de “administrativización” del Derecho Penal que no tiene claros efectos en la resocialización del imputado, a diferencia de las penas de prestación de servicios a la comunidad que requieran que el sentenciado ejecute una acción determinada que lo haga recapacitar sobre su conducta.

El Trabajo Comunitario no remunerado en la Conversión de Penas no resulta ser un trabajo forzado e inconstitucional, siendo más bien una alternativa favorable al procesado como consecuencia de la comisión del delito, considerándose como una forma de rehabilitación.

6.2 Recomendaciones

El delito de Omisión a la Asistencia Familiar, es una de las consecuencias de los problemas sociales en nuestro medio, y para lograr oportunamente el cumplimiento de los derechos a la asistencia familiar , sería conveniente prescindir de reiterados requerimientos para el pago de alimentos, dar mayor énfasis a la conciliación en el proceso de alimentos , para acortar los etapas procesales en dicho proceso , y permitir en casos donde está debidamente acreditada la obligación del demandado y están presentes las partes, se dicte sentencia, continuándose luego con el trámite correspondiente.

La finalidad de la conversión de las penas como ya se sustentó en el presente trabajo es el de evitar las penas cortas, a través de penas menos traumatizantes, que deberán ser concedidas por el juzgador, es decir, que a través de la conversión de penas se dé la prestación de servicios a la comunidad, consistiendo en la obligación de realizar trabajos gratuitos en instituciones asistenciales y en obras públicas, cuyos trabajos se asignarán teniendo en cuenta las aptitudes del condenado.

Debería tomarse en cuenta que el Delito de Omisión de Asistencia Familiar pone en verdadero peligro al menor, debido a que se pone el riesgo los bienes jurídicos fundamentales, es por ello que en la presente investigación se propone la aplicación del

trabajo comunitario como alternativa en la conversión de penas en dicho delito, para los fines de resocialización del imputado, dado que con esta alternativa se garantizaría el cese de los actos cometidos en tal delito.

Se debe fomentar e incentivar la aplicación del trabajo comunitario en el delito de Omisión de Asistencia Familiar, esto es, que en personas habituales y reincidentes se deba aplicar el trabajo comunitario como alternativa en la conversión de penas.



REFERENCIAS

7.1 Fuentes documentales

- Bohé, S. M. (2006). *EL delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia Argentina*. Rosario: Universidad Abierta Interamericana.
- Gutierrez Gutierrez, D. A. (01 de Agosto de 2017). Estado de los procesos en el nuevo delito de omision a la asistencia familiar frente al nuevo codigo procesal penal y el codigo de procedimientos penales en el dristiro judicial de Ica. *Estado de los procesos en el nuevo delito de omision a la asistencia familiar frente al nuevo codigo procesal penal y el codigo de procedimientos penales en el dristiro judicial de Ica*. Huanuco, Huanuco, Perú: Universidad de Huanuco.
- Navarro, Y. L. (14 de Octubre de 2014). *Incumplimiento del deber alimentario hacia niños y niñas adolescentes*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Pedro Vinvulacion Sanchez Rubio y Carlos Alberto D'azevedo Reategui. (19 de Enero de 2014). Omision de asistencia familiar como vulneracion del derecho alimentario de los hijos. *Omision de asistencia familiar como vulneracion del derecho alimentario de los hijos*. Loreto, Loreto, Perú: Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.
- Quiroz Salazar, W. (2005). *La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista: Atribucion, acreditacion en el juicio oral y probanza judicial*. Huanuco: Ideas Solucion Integral.

7.2 Fuentes bibliográficas

- Asua, J. d. (1997). *La Teoria del Delito*. España: Alpargata.
- Benites Rojas, J. (2009). *Delito de Omision a la asistencia Familiar*. Peru: Juristas Editores.
- Berinstain, A. (1979). *Proteccion Penal de la Familia, razones y Limites de la incriminacion del abandono de familia. Cuestiones Penales y Criminologicas*. Madrid: Reus.
- Bramont Arias y Garcia Miroquesada. (1979). *Manual de derecho Penal*. Lima: Juristas Editores.
- Bramont Arias, L. (2006). *El Incumplimiento de Obligaciones Alimentarias desde el Derecho Penal*. Lima: Alfaguara.
- Bustamante Requena, J. F. (2016). *Entre el dolo y La Culpa*. Rosario: AGAPEA.
- Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Juridico Elemental*. Caracas: Heleiasta.
- Codigo Penal*. (1991). Lima: APECC.
- Constitucion Politica del Perú*. (1993). Lima: APECC.
- Fossi, J. (2015). *Lecciones de Teorida del Derecho*. Lima: Livrosca.
- Herzberg, F. (1986). *Dolo Eventual y culpa consiente*.

- Hruschka, J. (2003). *Imputacion y derecho Penal* . Buenos Aires: IBdeF.
- Mezger, E. (1958). *Tratado de Derecho Penal*. España: Elpargata.
- Peña Cabrera, A. (2008). *Derecho Penal-Parte Especial I*. Lima: Idemsa
- Ragues Valle, R. (1999). *La determinacion del tipo subjetivo*.
- Rojas Vargas, Fidel; Infantes Vargas, Alberto; Quispe Peralta, Lester . (2007). *Código Penal-Dieciséis Años de Jurisprudencia Sistematizada*. Lima: IDEMSA.
- Roxin, C. (2011). *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas Ediciones.
- Salinas Siccha, R. (2008). *Derecho Penal - Parte Especial*.Lima: Grijley.
- Schmidhäuser, E. (1980). *Die ethische Begründung der Strafe*. Alemania: Tubinga.
- Schünemann, B. (2008). *El propio sistema de la teoria del delito*. Munich: Indret.
- Stratenwerth, G. (1999). *El Hecho punible*. Suiza: Grather.
- Vlosk, K. (2016). *Curso fundamental de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

7.3 Fuentes hemerográficas

- Donna, E. (2001). *Derecho Penal –Parte. Especial Tomo II*. Argentina: Rubinzal - Culzoni.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal - Parte General* . Lima: Grijley.
- Kindhauser, U. (2012). *Pensamiento Penal*. Múnich: Rostock.

7.4 Fuentes electrónicas

- Diaz, D. R. (Julio de 1999). *Monografias.com*. Obtenido de <https://www.monografias.com/trabajos93/delito-omision-asistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal/delito-omision-asistencia-familiar-art-149-del-codigo-penal.shtml>



ANEXOS

ANEXO 1: Matriz de consistencia

EL DELITO DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR: CRITICA DESDE LA TEORIA JURIDICA Y LA JURISPRUDENCIA. HUARAL 2015-2016					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	JUSTIFICACIÓN	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOS Y TECNICAS
<p>Problema General</p> <p>¿Cómo se configura el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal?</p> <p>Problemas Específicos:</p> <p>¿Cómo debe verificarse el “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, entre los operadores del Derecho?</p> <p>¿En qué circunstancias, la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad en los casos de sentenciados por el delito de omisión a la asistencia familiar sería conveniente?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Describir el Dolo como presupuestos de la tipicidad subjetiva en el delito de Delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal.</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>¿Determinar como debe verificarse el “conocimiento” y la “voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar según los operadores del Derecho?</p> <p>¿Identificar los factores de conveniencia, convertir la pena privativa de la libertad a prestación de servicios a la comunidad en los casos de sentenciados por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a los operadores del derecho?.</p>	<p>Las omisiones de cumplir las obligaciones de alimentos atentan al núcleo familiar, y parece que día a día se acrecienta más dicho problema, Los procesos judiciales al respecto han alcanzado niveles de carga procesal alarmante y constituye una de las grandes preocupaciones en la administración de justicia. No obstante, ello, no se avizora en el inmediato ninguna de política pública al respecto. La voz de su despenalización ha sido tenue quizás por no estar aparejada de alguna propuesta para reforzar el ámbito extrapenal de modo que se salvaguarde la protección a la subsistencia de la familia. Sin despenalizar creemos también que bien podría recurrirse a la conversión de pena, por la de prestación de servicios a la comunidad siempre que no se descuide la protección a la subsistencia de la prole. De modo que en línea de esta preocupación justificamos la presente investigación, desde una perspectiva de contraste entre la teoría y su aplicación práctica.</p>	<p>Hipótesis general:</p> <p>El conocimiento y la voluntad son presupuestos ineludibles para la configuración del Dolo en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar conforme a la norma penal.</p> <p>Hipótesis específicas:</p> <p>¿La verificación del “conocimiento” y la “voluntad” como presupuestos configurativos del Dolo para el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, entre los operadores del Derecho como presupuesto de procedibilidad?</p> <p>¿La conversión de la pena privativa de la libertad a prestación de servicios a la comunidad en los casos de sentenciados por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar sería siempre que ello contribuye mejor al resarcimiento al agraviado?</p>	<p>El Dolo en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar.</p> <p>El “conocimiento” y la “Voluntad” como presupuestos del dolo.</p> <p>La conversión de pena privativa de libertad.</p>	<p>Análisis, abstracción y síntesis</p> <p>Fichas bibliográficas de análisis</p> <p>Encuesta a los operadores del derecho</p> <p>Interpretation juridical</p>

ANEXO 2: Cuestionario



Universidad Nacional "José Faustino Sánchez Carrión"



Escuela De Post Grado

CUESTIONARIO

Para el recojo de información de campo en la investigación para optar grado de magister.

Buenos días estimado (a), espero su colaboración respondiendo con responsabilidad y honestidad, el presente cuestionario. Se agradece no dejar ninguna pregunta sin contestar.

El objetivo es, recopilar información, sobre el criterio de operadores de justicia altamente especializados en materia penal de la ciudad de Huaral respecto de la posibilidad jurídica o no que en la conversión de penas al sentenciado por el delito de omisión a la asistencia familiar brinde servicios a la comunidad.

Instrucciones: las preguntas han sido diseñada para una respuesta objetiva (si o no) y la fundamentación de la misma. Lea cuidadosamente las preguntas y marque con un aspa (x) su respuesta y escriba su fundamentación personal en la línea punteada.

Escala valorativa.

Si	No
1	2

PREGUNTAS:

1. **¿Considera usted que la prestación de servicios a la comunidad constituye una alternativa en la conversión de penas?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

2. **Desde su punto de vista, ¿usted considera que la prestación de servicios a la comunidad constituiría una sanción loable aplicable al delito de omisión de asistencia familiar?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

3. **¿Consideraría usted que la prestación de servicios a la comunidad como alternativa para la conversión de penas en el delito de Omisión de Asistencia familiar resultaría eficiente para efectos de la resocialización del imputado?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

4. **¿Consideraría usted que el delito de Omisión de Asistencia Familiar al tener como aplicación penas de carácter suspendidas cumple con la resocialización del imputado?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

5. **¿Usted considera que la prestación de servicios a la comunidad no remunerado en la conversión de penas resulta ser un trabajo forzado e inconstitucional?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

6. **¿El dolo como presupuesto de la tipicidad subjetiva en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar debe ser probado de forma idéntica como en el delito de acción?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

7. **¿La configuración del delito de Omisión a la Asistencia Familiar se satisface cuando se incumple la orden judicial de alimentar a la prole careciendo de importancia la razón de la omisión?**

Si

No

Cualquiera sea su respuesta, explique o fundamente su respuesta.

GRACIAS.



ANEXO 3: Jurisprudencia Analizada



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.º 2-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Proceso Penal Inmediato Reformado.
Legitimación y alcances.

Lima, uno de junio de dos mil dieciséis.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.º El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos (i) a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, (ii) al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos



jurisdiccionales a su cargo. Segunda, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (Juez Superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), Horts Schönbohm (juez alemán jubilado), César Nakasaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima) y Bonifacio Meneses Gonzales (Juez Superior de Lima, Coordinador Nacional de la implementación de los juzgados de Flagrancia).

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal penal, así como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores para la formulación de la ponencia referida al “Proceso inmediato reformado”. Presentada la ponencia pertinente, en las sesiones de fechas diez de febrero, dieciocho de mayo y uno de junio se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5°. El presente Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, SALAS ARENAS y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco preliminar

6°. El Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, NCPP) estructuró el proceso penal a partir de un procedimiento común, destinado, desde una perspectiva general, a todo tipo de delitos y situaciones procesales –que a su vez se erigió en el procedimiento ordinario, bajo la primacía del principio procesal de contradicción y del principio procedimental de oralidad–, y con la plena asunción de las garantías



constitucionales procesales que definen todo proceso jurisdiccional justo y equitativo, acorde con el programa procesal penal de la Constitución.

Asimismo, el NCPP incorporó un conjunto de procesos especiales (Libro Quinto) que se sustentaron en la necesidad de tomar en cuenta diversas circunstancias, de derecho penal material y de derecho procesal penal; así como en la asunción de distintas modulaciones en la configuración de determinadas garantías procesales específicas y en la concreción diferenciada de varios principios procesales y procedimentales, con la finalidad de plasmar respuestas institucionales en la persecución procesal, adecuadas y proporcionales a los fundamentos que les dieron origen.

7°. Sin duda, el proceso inmediato nacional –de fuente italiana–, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de “simplificación procesal”, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia celeré, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de “evidencia delictiva” o “prueba evidente”, lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad –para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia–, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de “evidencia delictiva”; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal.

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto: (i) de evidencia delictiva y (ii) de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, de 30-8-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable –aunque no irrazonablemente– las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: “La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente”.



8°. La “prueba evidente” o “evidencia delictiva” se define a partir de tres instituciones –dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP, que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato–: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.

Las *notas sustantivas* que distinguen la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Las *notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material filmico o fotografías (medio audiovisual) –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de “delito flagrante” requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).

Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le

haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito.
3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de ‘intervenir’– en el hecho delictivo [LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. México: Iura Editores, p. 95].

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Es cierto que la modificación del artículo 259 NCPP, establecida por la Ley número 29596, de 25-8-2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado –notas sustantivas de la flagrancia delictiva–, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa –incluso a través de medios audiovisuales–, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina “diligencias policiales de prevención” [Conforme: GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir –este sería el caso–, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar

en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva –por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario– [MARTÍN MORALES, RICARDO. “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 01-02, 1999, p. 2]. La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio [BRICHETTI, GIOVANNI. *La “evidencia” en el Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial EJE, 1973, p. 169].

Debe asumirse que el supuesto de ‘flagrancia presunta’ puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que “... la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita cómo llegaron a su poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de éste, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, como la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante...” [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTIN y otros. *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691].

B. El delito confeso está definido en el artículo 160 NCPP. Por razones de simplificación procesal, la regla para su admisión será la denominada “confesión pura o simple”, en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra –relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito–. Ese reconocimiento de los hechos por él cometidos (confesión propia), ha de ser libre –sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño– y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, (i) debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; (ii) debe ser sincera –verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos– y espontánea –de inmediato y circunstanciada–; y, como requisito esencial de validez, (iii) ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación –fuentes o medios de investigación–, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de

“prueba plena”, se erigía en la “*regina probatorum*” [GIMENO SENDRA, VICENTE. *Obra citada*, p. 559].

La “confesión calificada”, es decir, la incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal [BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497], en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por sí aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. Cuando la ley hace mención a la denominada “prueba evidente” exige una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad [BRICHETTI, GIOVANNI. *Obra citada*, p. 17].

Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión –en tanto supuestos propios de evidencia delictiva–, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es, idóneos y con suficiente fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de “prueba evidente” está referido a la valoración del resultado de la prueba –si esta se produce de un modo seguro y rápido– y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo [BRICHETTI, GIOVANNI. *Obra citada*, pp. 68-70, 191]. Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse “evidencia” como traducción equívoca de la voz inglesa “*evidence*”, pues esta última significa,



simplemente, 'prueba' o 'cada una de sus especies' [CABANILLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Volumen III. Trigésima Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 665].

9°. La "ausencia de complejidad o simplicidad procesal" tiene una primera referencia –no la única– en el artículo 342°.3 NCPP, modificado por la Ley número 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agraviados, hechos delictivos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación –tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse–, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella –lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo–. Estos supuestos, como es obvio, demandan un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpación formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [BARONA VILAR, SILVIA y otros. *Derecho Jurisdiccional-Tomo III*. 22° edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 587].

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento [BARONA VILAR, SILVIA. *Obra citada*. p. 588] permiten apartar del proceso inmediato (i) hechos complejos –en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos–; o, (ii) en el que existen motivos razonables para dudar –que no descartar radicalmente– tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia *ab initio* del resultado incriminatorio.

La necesidad de especiales –o específicas– averiguaciones acerca del hecho o de su autor o partícipe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la inmediación del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos

de convicción –seguridad del material probatorio–, que es la base de la investigación preparatoria [LEONE, GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones EJE, 1963, pp. 457-458].

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación –a lo complicado y/o extenso del mismo–, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera–.

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos –a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los inculcados en el hecho o hechos delictivos–. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva –prueba evidente– debe comprenderlas acabadamente.

10°. Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal –en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor–. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justificar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa –tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)–. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría



del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena –siempre, un *factum*–, para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

La determinación de lo que debe estimarse como “delito especialmente grave” no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal –en adelante, CP– y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos *(i)* con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 108-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 189, tercer párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); *(ii)* con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 108-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153-A, segundo párrafo, CP); o, *(iii)* con pena privativa de libertad no menor de quince años (ciertos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

11°. La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo prima y se denomina “ámbito de aplicación”–. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de “mínima actividad probatoria”. En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla–.

12°. El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: 1. Audiencia única de incoación. 2. Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en



atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: (i) de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio; y, (ii) de realización del juicio propiamente dicho.

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde “[...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos” (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio –es la meta– del proceso penal en el sistema eurocontinental. Los apercibimientos ante la inconcurrencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su concurrencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

§ 2. Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

13°. El proceso inmediato reformado, en tanto en cuanto se circunscriba a los delitos evidentes y a los supuestos de investigación simple o sencilla en modo alguno afectan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y la defensa procesal. No es un proceso configurado legalmente para condenar a los imputados. Precisamente la realización de las audiencias de incoación y de juicio permite esclarecer probatoriamente el hecho punible con pleno cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, intermediación y oralidad. No es, pues, un proceso “ofensivo” tendente a condenar irremediamente al imputado. El rigor para dilucidar la existencia de sus presupuestos materiales y la ulterior de actuación contradictoria de la prueba, afirman la vigencia de la garantía de presunción de inocencia. Por consiguiente, si el resultado probatorio no arroja la presencia de prueba legal, fiable, corroborada y suficiente –que son elementos insustituibles para cumplir con esta garantía-derecho fundamental–, el juez está en la obligación de dictar sentencia absolutoria.

14°. Desde esta perspectiva, algún sector de la comunidad jurídica consideró que los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y los delitos de omisión de asistencia familiar –que deben considerarse como conductas propias de



delincuencia común-, presentaban dificultades para cumplir con las exigencias que requiere el proceso inmediato reformado.

- A. Los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción afectan la seguridad pública o colectiva –concretamente, la seguridad del tráfico rodado-. En tanto constituyen delitos de peligro real, ponen en riesgo la vida e integridad de las personas ante la vulneración de las disposiciones sobre circulación de vehículos, riesgo que abarca a toda la colectividad, como grupo genérico e indeterminado. El tipo legal se dirige tangencialmente también a la protección de la vida y la integridad física de las personas (STCE 2/2003, de 16 de enero), y requiere (i) la conducción en estado de ebriedad o drogadicción de un vehículo automotor, (ii) la disminución acreditada de la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia, (iii) la minoración de la seguridad del tráfico (STCE 319/2006, de 15 de noviembre), “[...] para lo cual, se tendrá en cuenta no solo el grado de impregnación alcohólica o de otra sustancia similar detectada en el sujeto activo, sino también todo un cúmulo de circunstancias concomitantes al supuesto en particular: somáticas, espaciales, temporales, meteorológicas” [CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN y otros. *Derecho Penal español*. Tomo II. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 781].

Lo protegido no es, en última instancia, algo sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de personas concretas, respecto a las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental [TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 1078].

- B. Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la “seguridad” de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal.

15°. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del artículo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurren los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.



La justificación constitucional del proceso inmediato –su fundamento material– se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria –la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir” (STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omita la conducta debida pudiendo hacerlo [PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL. *Comentarios, Obra citada*, p. 459]–, pero son suficientes –vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así– para estimar en clave de evidencia delictiva –y en principio–, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva –dentro de los marcos y con estricto respeto del artículo 213 NCPP–, constituye un claro supuesto de “evidencia delictiva”. Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

16°. De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está –así debe entenderse– cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?.

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de dicho artículo, que son –como ya se anotó– condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión “bajo responsabilidad”, que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal.

Siendo así:



A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso –delito común o exceptuado–, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar comunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b), del artículo 447 NCPP permite que se insista el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal –Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–. El fiscal tiene la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada "oportunidad tardía", que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el cumplimiento de la ley que sujeta su aplicación a que se satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único presupuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del artículo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) –claro está, si se dan los requisitos para su instauración– o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de



cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

17º. La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el párrafo precedente. Es inadmisibles obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad—obviamente funcional, nunca penal—del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley —y así debe reconocérsele—, precisamente varias opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta.

Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas y afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Sin embargo, como es posible, en clave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de *ultima ratio*, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional [RUBIO CORREA, MARCIAL. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N.º 145-99-AA-TC, de ocho de setiembre de 1999, y N.º 5-96-I-TC, de diecinueve de (??) de 1996].

§ 3. Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18º. Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato

El artículo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscripto al delito flagrante—artículo 446, literal a) del apartado I, NCPP— y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva—artículo 447, numeral D, NCPP—, supuesto en el que el Fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su



término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente –artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP–, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, “...luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria...”.

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho de defensa –plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1), del Título Preliminar NCPP– que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; solo a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8º, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa –para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva–, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

19º. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente –en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles–, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447º NCPP.

En este último caso –literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446º NCPP– los plazos se extienden –se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso–. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal –que es el plazo para el delito flagrante– y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal –que es la mitad del plazo fijado para el juicio oral (artículo 355º.1, NCPP)– o, según los casos,



vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20.º El apartado uno del artículo 448º NCPP estipula que el Juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el Juez de la investigación preparatoria, debe realizar la audiencia en un plazo que “...no debe exceder las setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional”.

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro Juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación –si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos–, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350º.1 NCPP; y, tercero, que el segundo periodo de la audiencia es, propiamente, la realización puntual del debate oral –ejecución de las pruebas y alegatos–.

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación dictado por el Juez Penal. Es claro que el auto debe emitirse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, es a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa.

Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21.º. El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa

Dictado el auto de incoación del proceso inmediato –que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP)–, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho lo cual el juez de la Investigación Preparatoria remitirá las actuaciones al juez Penal competente.



En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer periodo del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendentes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil –decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento–. Este periodo culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El segundo periodo del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: “[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato”, lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencias deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión –lógica excepcional–, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreabundantes.

No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

22°. El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contraprueba.

Es posible que, por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional, se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. La opción



que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será –previo debate contradictorio– dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso especial de seguridad (artículo 458°.1 NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el Juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el Juez de la investigación preparatoria o el Juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447° NCPP.

23°. Audiencia de Incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3 NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad –incluye el acuerdo reparatorio– o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

- A. El apartado 4) de dicha disposición legal dispone que el juez de la Investigación Preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: **1.** Procedencia de la medida de coerción. **2.** Procedencia, indistinta y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. **3.** Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si la ley fija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnere irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión material.
- B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las tres alternativas del punto segundo, el juez de la Investigación Preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.
- C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo –el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y

complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253. 2 y 3, NCPP)–, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación –ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía–, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso –cuando ya se hubiera emitido tal disposición–, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7) del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 338.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha positivizado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

24°. Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo –es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial–. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo 418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente –que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato–, no tiene efecto suspensivo.

Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias –en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas–, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no



suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el juez Penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto –que integra la garantía de tutela jurisdiccional–, tal situación no impide que el juez Penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el juez de la Investigación Preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el juez Penal.

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

25º. Proceso inmediato y Código de Procedimientos Penales

El proceso inmediato, en virtud del artículo 3 del Decreto Legislativo número 1194, también es aplicable a los distritos judiciales en los que aún no rige en su integridad el NCPP. El citado Código, a su vez, ha sufrido una última modificación más o menos intensa, mediante el Decreto Legislativo número 1206, del 23-9-2015.

Un motivo de presunta incoherencia normativa se presenta cuando el proceso inmediato es denegado, ya sea en primera o en segunda instancia. Es claro que la causa debe retrotraerse al momento de su calificación. Sin embargo, ¿qué sucede con el mandato de prisión preventiva en caso que se hubiera dictado en la causa? ¿La retroacción de actuaciones importa su anulación automática y, por tanto, la libertad del imputado en cárcel?.

Las normas sobre prisión preventiva del NCPP, con sus respectivas modificatorias, igualmente, son de aplicación en todo el territorio nacional, conforme con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley número 30076, del 19-8-2013. Luego, en aquellos distritos judiciales donde no está en vigencia en su integridad el NCPP, rigen esas disposiciones. Su interpretación y aplicación son, por consiguiente, comunes; no se presentan en ambos sistemas procesales, en virtud de la reforma operada, contradicción o falta de armonía: las normas son las mismas.

Se podría sostener que en esos casos se presenta una paradoja: existiría, formalmente, un preso preventivo sin auto de apertura de instrucción; preso preventivo sin procesamiento. Es evidente, asimismo, que para dictar prisión preventiva se requiere un análisis acerca de la corrección de la imputación, un juicio favorable al *fumus delicti comissi* y a los motivos de prisión –gravedad del delito y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*)–. Cabe entender que el auto de prisión preventiva cumple esos presupuestos –es la presunción de la que se parte al haberse dictado esa medida de coerción personal mediando requerimiento y discusión o debate oral y contradictorio– y, en tal virtud, la no admisión del proceso inmediato no cuestiona la corrección de los cargos –existe, con toda regularidad, un procedimiento previo– sino la no satisfacción de los requisitos y presupuestos necesarios para incoar un tal proceso especial.

En suma, la retroacción de actuaciones, en este caso, no importa la anulación de pleno derecho del auto de prisión preventiva, pues la inadmisión del proceso inmediato no comprende la de los presupuestos materiales y formales de dicha medida de coerción personal –propia del proceso de coerción y, como tal, independiente del proceso “principal”, aunque sin desconocer sus bases de conexión–. Lo único que sucederá será que el juez Penal, una vez remitidas las actuaciones al fiscal y que este las devuelva con la formalización de la denuncia –en virtud del principio de unidad del Ministerio Público no es del caso una posición distinta del fiscal que no sea la de formalizar la denuncia–, en el curso de la audiencia de presentación de cargos califique su mérito y, de ser el caso, dicte el auto de apertura de instrucción, conforme con el artículo 77 CPP. La reforma del auto de prisión preventiva muy bien puede producirse en esa causa si se deniega el procesamiento penal –excrcelación automática– o si se presenta algún motivo vinculado al *rebus sic stantibus* que la justifique.

26°. Proceso inmediato y constitución de las partes contingentes

El actor civil, como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal –son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional–. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil.

El NCPP, en la lógica del proceso ordinario o común, exige para la constitución de estos sujetos procesales una resolución judicial, dictada previa instancia de parte legitimada, planteada antes de la culminación de la investigación preparatoria, y bajo el procedimiento de audiencia correspondiente (artículos 8, 100, 101 y 102 NCPP).



Esta secuencia procedimental, sin duda, no es la que corresponde al proceso inmediato, ni se condice con las lógicas de aceleramiento procesal que lo informan. No obstante, no está prohibida la posibilidad de su incorporación en la causa – fundada en consideraciones de derecho material–, siempre que el daño y su acreditación, y además, la legitimación respectiva, respondan a la condición de su “evidencia” en línea acreditativa. Sin prueba evidente, no es posible aprobar su constitución en partes procesales.

Siendo así, es claro que el fiscal deberá comprender en el requerimiento de incoación del proceso inmediato a quien considere tercero civil responsable, el cual ha de ser debidamente citado a las dos audiencias para que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. En este caso, el juez de la Investigación Preparatoria, aplicando supletoriamente y en vía de integración el artículo 447.3 NCPP, debe decidir, primero, si incorpora como parte al tercero civil; y, segundo, de ser admitida esa constitución –que se emitirá a continuación del pronunciamiento acerca de la medida coercitiva–, continuará con los pasos procedimentales legalmente estipulados.

Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, primero, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones –es lo que se denomina “ofrecimiento de acciones”– (artículo 95.2 NCPP); segundo, que antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en actor civil (artículo 100 NCPP); y, tercero, que previo traslado contradictorio el juez de la Investigación Preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil.

27°. Proceso inmediato y prueba pericial

La prueba pericial es fundamental para la acreditación de numerosos delitos –la necesidad de la pericia deriva del aporte de conocimientos especializados para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos de la causa [CLIMENT DURÁN, CARLOS. *La prueba penal*. Segunda edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 735-737]. Tanto en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción como en otros ilícitos penales (por ejemplo, y a título enunciativo, homicidio, aborto, falsedad documental, tráfico ilícito de drogas y agresión sexual) la prueba pericial es especialmente relevante –en tanto prueba fundamental– para su definitiva comprobación o, en todo caso, para su consolidación probatoria.

El fiscal, desde esta perspectiva, instará que el informe pericial –que es el segundo elemento de la actividad pericial– corra en autos al momento del requerimiento de incoación del proceso inmediato. Sin embargo, en muchos casos bastará que el



reconocimiento o percepción pericial, como primer elemento de la actividad pericial –al que sigue en ese mismo nivel las operaciones técnicas sobre el objeto peritado–, se haya realizado o, por lo demás, que existan informes provisionales, muy comunes en el caso de tráfico ilícito de drogas y también con las primeras pruebas en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Las características de la inicial intervención de la autoridad pública y las vicisitudes de los actos urgentes de investigación, como las capacidades del órgano pericial, pueden determinar, antes de la presentación del informe pericial, una calificación positiva de los presupuestos y requisitos del proceso inmediato, lo que no obsta a que necesariamente el citado informe pericial ha de constar antes de la instalación de la audiencia única de juicio inmediato.

III. DECISIÓN

28°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

29°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 12 y 15 a 24 del presente Acuerdo Plenario.

30°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

31°. **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

32°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO



PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES



FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RODRIGUEZ TINEO, SALAS ARENAS E HINOSTROZA PARIACHI RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LA INCOACIÓN OBLIGATORIA DEL PROCESO INMEDIATO IMPUESTA AL MINISTERIO PÚBLICO.

Los suscritos no comparten el contenido del fundamento 13.º de la ponencia y acuerdo, respecto a la legitimidad de la incoación coactiva del proceso inmediato reformado. Los motivos sucintamente radican en que:

El apartado uno del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad impuesta al Ministerio Público de solicitar el proceso inmediato (pudiendo requerirse el inicio, cuando específicamente corresponde, hasta el día 29 de formalizada la investigación preparatoria, motivándose tal decisión), bajo amenaza de responsabilidad administrativa, se entiende, por omisión de acto funcional.

Tal exigencia u obligatoriedad de incoación, vulnera el principio constitucional de autonomía del Ministerio Público que el artículo 158 de la Constitución Política del Perú le otorga como titular en el ejercicio de la acción penal en tanto que el inciso 1, del artículo 61 del Código Procesal Penal atribuye al fiscal, independencia de criterio como estrategia en el proceso, por lo que le corresponde elegir la vía más idónea para la consecución de los fines del procesamiento; pudiendo por tanto requerir el inicio del encausamiento inmediato cuando razonadamente considere se encuentren cumplidos los fines de la investigación, con respeto de los derechos de todas las partes intervinientes, actuando objetivamente, aunque el detenido se encuentre en situación de flagrancia y agotando las diligencias para acreditar la responsabilidad o la inocencia —en caso de incoar— del imputado como lo establece el artículo IV, del Título Preliminar del NCPP, teniendo además presente los derechos de defensa del presunto agente y de la parte agraviada como lo indica el artículo IX, del propio Título Preliminar del cuerpo legal mencionado, prevaleciendo estos principios, sobre cualquier disposición del NCPP, como lo señala el artículo X del propio TP; y de considerar que la vía inmediata no es adecuada para el caso en concreto por presentarse complejidades normativamente previstas o fácticas, más allá de las estrictamente normativas, puede motivadamente, promover el proceso común o el que corresponda, aun cuando se den los supuestos para el inicio del proceso inmediato, sin que ello implique responsabilidad funcional en su actuación. Tutelar en extenso los derechos de las partes forma parte de las atribuciones del Ministerio Público, por ello, no basta interpretar restrictivamente el mandato imperativo inconstitucional de la obligatoriedad coactiva indicada; la judicatura debe conservar las leyes en tanto sean congruentes con los principios constitucionales.

Es inconstitucional obligar al Ministerio Público que bajo amenaza de sanción disciplinaria requiera el inicio del proceso inmediato, al oponerse tal coacción a la autonomía Fiscal, expresada en su independencia de criterio, más aún cuando la



decisión de no incoación es su atribución discrecional y no arbitraria, compatible con sus deberes y responsabilidades de dirección de la investigación y se sustenta en la protección de derechos establecidos como principios orientadores en el Título Preliminar del NCPP.

Por ello, tal apartado del artículo 446 modificado por el Decreto Legislativo 1194 debe ser modificado estableciendo que el fiscal “puede” y no “debe” solicitar la incoación del proceso inmediato, suprimiendo el término “bajo responsabilidad”, dado que constituye una afectación clara y un riesgo latente cuyos resultados negativos podrán atribuirse a todo el sistema de justicia, por vulnerar un pilar fundamental del desarrollo de la labor de la fiscalía, desempeño que es trascendente en la tarea de impartir justicia.

Cabe que este Colegiado Judicial Supremo inste al Parlamento a corregir tal exceso y entre tanto, recomendar a la judicatura competente que en tanto se someta a su conocimiento algún cuestionamiento sobre la incoación, considere la declaración de inaplicación de la parte del primer párrafo del apartado 1 del artículo 446 modificado del NCPP por los motivos referidos.

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

HINOSTROZA PARIACHI



FUNDAMENTOS PROPIOS DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO INMEDIATO, LA INCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR Y LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN EL SUPUESTO DE ANULACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO.

a) No suscribo el APARTADO 10 —respecto a la proporcionalidad del proceso inmediato reformado—; ni parte del APARTADO 14 —en lo concerniente a los delitos de omisión a la asistencia familiar—; ni el acápite D del APARTADO 23, el tercer párrafo del APARTADO 24 y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25 —respecto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato—, del Acuerdo Plenario, al tener una postura refractaria a su contenido por lo siguiente:

APARTADO 10°.

El régimen del procesamiento inmediato, generó tanto una subclase de “inmediato directo” (que abarca tanto la flagrancia clásica y la cuasi flagrancia, como la conducción temeraria por alcoholemia o drogadicción objeto de intervención policial en el instante), en que cabe la incoación inminente del proceso y una subclase de “inmediato diferido” (que comprende los casos de extensión de la flagrancia, de confesión de los hechos, de suficiencia de los elementos de convicción, de conducción temeraria —por alcoholemia o drogadicción— no flagrante, de omisión a la asistencia familiar), en que el lapso para incoarlo se extiende hasta el vigésimo noveno día de la formalización de la investigación preparatoria.

El legislador no colocó, un parámetro, marcador o cuantificador respecto a la dimensión de la pena privativa de libertad pertinente para la viabilidad del procesamiento inmediato, sea el directo o el diferido, lo que en clave de proporcionalidad, debe merecer el establecimiento de un criterio jurisprudencial —mientras fije el Parlamento los razonables marcos normativos— fijando criterios restrictivos al calor del inciso 3, del artículo VII, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en tanto favorezca el ejercicio de los derechos del imputado; para que el recorte de las etapas y los plazos de duración del trámite generen la menor intensidad posible de afectación a las atribuciones legítimas propias de la defensa del investigado.

El ordenamiento procesal penal presenta algunas vallas normativas respecto a la gravedad del acto delictivo; así, con el artículo 427 se limita el recurso de casación para los casos de sentencias y autos que pongan fin al procedimiento, en tanto el extremo mínimo de la pena conminada en abstracto supere los 6 años de privación de libertad, de lo que se puede deducir que tal cota dimensional connota que el hecho delictivo es grave como para habilitar la procedencia del recurso de casación;



como consecuencia, los delitos cuyas penas privativas de libertad fueran inferiores a los 6 años, sin estar todos ellos dentro de los denominados “de bagatela”, deberán ser considerados como menos graves.

Existe otra referencia en materia de prisión preventiva, según lo establecido en el inciso b, del artículo 268 del mismo cuerpo legal, al considerar la gravedad del delito en razón a la pena probable que podrá ser impuesta en el caso concreto, en tanto fuera superior a 4 años de privación de libertad; en tales casos, con la concurrencia razonable de los otros presupuestos procesales, corresponderá mandar la prisión preventiva.

Si ha de excluirse del encausamiento inmediato todo hecho penal que fuera considerado grave y con mayor razón el que resultara estimado como especialmente grave, será pertinente tomar en cuenta aquellos criterios.

Estimo que el límite punitivo razonable para la aplicación del proceso inmediato – teniendo en cuenta que se trata de un encausamiento para tramitaciones sencillas y delitos que no fueran graves– no debe superar los 6 años de pena privativa de libertad.

b) No suscribo las referencias al delito de omisión a la asistencia familiar como relativos a la seguridad ciudadana.

APARTADO 14°.

No cabe entender ninguna de las formas de delito de omisión a la asistencia familiar como asuntos relativos a la seguridad ciudadana, por graves o frecuentes que sean.

El concepto “seguridad ciudadana” no es omnicompreensivo y no abarca todo el catálogo típico, sino sólo los ilícitos compatibles con su particular carácter violento.

c) Mi postura respecto a la prisión preventiva por decaimiento del proceso inmediato es como sigue:

Acápito D del APARTADO 23°, el tercer párrafo del APARTADO 24° y los párrafos cuarto y quinto del APARTADO 25° —en cuanto a los efectos de la prisión preventiva por invalidación de la decisión de incoación de proceso inmediato—:

El decaimiento del proceso inmediato afecta la decisión de prisión preventiva dictada en la audiencia de incoación, en tanto deja de existir el proceso en que se originó.

La prisión preventiva se define como una medida cautelar, instrumental y variable, y debido a que proviene de un proceso penal (no lo antecede ni existe por y para sí), pervive en tanto el encausamiento se halle vigente (así fluye del inciso 2, del artículo 447 NCPP); se pretende con ella precisamente asegurar el resultado del



encausamiento cuando es estrictamente necesaria y la presencia del encausado existiendo riesgo de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria, sobre lo cual se han pronunciado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la propia Corte Suprema de Justicia.

La paradoja que se genera objetivamente es un efecto derivado de la ausencia de regla legislativa específica y razonable en que se hubiera previsto el modo de atender la configuración de supuestos de esta clase —que no son insuficientes—; cabe resaltar que no se puede resolver contra reo y que no es dable corregir pretorianamente los errores legislativos.

Decaído el proceso inmediato —que debe por tanto ser promovido razonablemente, cuando hay fundamento suficiente, y no apresuradamente por coacción— lo que cabe por ahora, en tanto no se dicten normas específicas que fueran además constitucionalmente impecables, de transición entre la anulación o invalidación del encausamiento inmediato y la promoción de proceso común o el que correspondiera (nuevo modelo procesal) o apertura de proceso penal (antiguo régimen procesal aun parcialmente vigente); entiendo por tanto que no cabe extender la prisión preventiva sin pausa penal vigente, sino, urgir al Parlamento que corrija el dislate generado en esta materia.

SALAS ARENAS



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente	: 00317 – 2016 – 2 - 1826 – JR – PE – 01
Jueces Superiores	: Cavero Navarte/Tapia Cabañín/ <u>Chamorro García</u>
Ministerio Público	: Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima
Especialista	: Luis Alberto Matías Huarcaya
Imputados	: Moreno Medina Marco Antonio
Delito	: Omisión a la Asistencia Familiar
Agraviado	: Menor de iniciales M.A.M
Materia	: Apelación de resolución que declara fundado revocar la suspensión de la pena.

Resolución N° 03

Lima, cuatro de mayo

De dos mil diecisiete.-

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública la apelación interpuesta por la defensa Técnica del sentenciado Marco Antonio Moreno Medina contra de la resolución N° 15 de fecha 28 de febrero de 2017 emitida por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Delitos de Flagrancia y otros que aplican el D.L. 1194 que dispone **REVOCAR** la suspensión de la pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución convirtiéndola en pena de carácter efectiva a la persona del sentenciado Marco Antonio Moreno Medina en la instrucción que se le siguió por el delito contra la Familia – Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Marcelo Moreno Arenaza; interviniendo como Directora de Debates la **Señora Juez Superior Chamorro García**; y **CONSIDERANDO:**

I. RESOLUCIÓN MATERIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

PRIMERO: Es materia de apelación la Resolución N° 15 emitida por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Delitos de Flagrancia y otros que aplican el D.L. 1194 que despacha la magistrada Jessica Shirley Camacho Reyes que dispone **REVOCAR** la suspensión de la pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución

convirtiéndola en pena de carácter efectiva a la persona del sentenciado Marco Antonio Moreno Medina en la instrucción que se le siguió por el delito contra la Familia – Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Marcelo Moreno Arenaza.

II. AGRAVIOS DE LA DEFENSA TECNICA DEL SENTENCIADO

SEGUNDO: Los agravios de la defensa técnica del sentenciado Marco Antonio Moreno Medina formalizados en su recurso de apelación así como en esta instancia se sustentan en que: mediante sentencia de conformidad de fecha 05 de octubre de 2016 el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Lima, emitió sentencia en contra de Marco Antonio Moreno Medina por la comisión del delito contra la Familia – Incumplimiento de Obligación Alimentaria, en agravio de Marcelo Moreno Arenaza, imponiéndole un año y nueve meses de pena privativa de Libertad, sujeto a reglas de conducta impartidas por el Órgano Jurisdiccional entre las cuales se encontraba reparar el daño ocasionado a través del pago de los devengados en la forma y plazo acordados es decir en cancelar con fecha 06 de octubre de 2016 la suma de S/1250.00 y con fecha 28 de Octubre la suma de S/1250.00 a favor del menor agraviado, todo ello bajo apercibimiento de procederse con lo previsto en el Art. 59° inciso c) del Código Penal.

Que el Juzgador no ha ponderado adecuadamente que el sentenciado en fecha 06 de Octubre de 2016 ha consignado un depósito inicial por la suma de S/1250.00 nuevos soles a favor de la parte agraviada, hecho que demuestra su voluntad de pago, aunado a ello debido a la situación económica que atraviesa ya que tiene carga familiar dos hijas no fue posible cumplir el 28 de octubre de 2016 con la totalidad del depósito pactado, la que a la fecha se ha cumplido pago pues se efectuó el pago el día 02 de Marzo de 2017 por la suma de S/ 1250.00 nuevos soles y por ende el pago de los devengados y reparación civil hay sido cancelado.

El Juzgador ha aplicado el Art. 59° inciso c) del Código Penal, sin tener en cuenta que es la medida mas gravosa que prevé el dispositivo legal y que solo se debe aplicar la revocatoria en última instancia, ello al existir otras medias

menos intensas, como lo es el Amonestar al infractor y prorrogar el período de la suspensión; además la Casación N° 656 – 2014 – ICA que establece como doctrina Jurisprudencial en su fundamento jurídico 15° : *la aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59° del Código Penal, deberá darse conforme a las propias normas de manera discrecional por el Juez, es decir según el caso concreto.*

III. POSICION DEL MINISTERIO PÚBLICO

TERCERO: El Ministerio Público sustenta en Audiencia su posición refiriendo que no habido ninguna afectación en los derechos del sentenciado al emitirse el auto que revoca la suspensión de la pena suspendida emitida el 28 de febrero de 2017, en razón de dos puntos claros, en primer lugar la sentencia conformada que se emitiera en octubre de 2016 dispuso que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta la consecuencia iba a ser la revocatoria de la pena y para dicha revocatoria de la pena no se requiere de ningún apercibimiento previo ni una sanción menos gravosa, esto se encontraba dispuesto en la sentencia, de ello tiene conocimiento el sentenciado desde el 05 de octubre de 2016, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia de proceso inmediato por Omisión a la Asistencia familiar, al día siguiente 06 de octubre de 2016 el sentenciado realiza el primer pago por el monto de S/ 1250.00 soles con depósito judicial estando a que se quedó que se realizaría el pago de S/2500.00 soles en dos armadas quedando pendiente de pago el del 28 de octubre de 2016 por S/ 1250.00 soles, y al llevarse a cabo la audiencia de revocatoria de pena suspendida, posterior a ella realiza dicho pago el 02 de marzo de 2017. Por ese motivo habiendo actuado dentro del marco de la norma se solicita que se confirme el auto en todos sus extremos.

IV. FUNDAMENTOS PARA RESOLVER

CUARTO: Que se desprende de autos que mediante sentencia de fecha 05 de octubre de 2016 se dictó sentencia de terminación anticipada contra la persona de Marco Antonio Moreno Medina a la pena de un año y nueve meses de

pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de un año de pena privativa de libertad, fijando como reparación civil la suma de seiscientos soles y las pensiones devengadas de un mil novecientos soles haciendo un total de S/2500.00 que serían canceladas en dos cuotas de S/ 1250.00 soles los días 06 y 28 de octubre de 2016 respectivamente mediante depósitos en la cuenta de ahorros N° 19322677921089 Banco de Crédito a nombre de Jessica Karina Arenaza Torres madre del menor agraviado Marcelo Moreno Arenaza; así también se impuso las reglas de conducta siguientes: a) la prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial. B) Comparecer de manera mensual al local del Juzgado encargado de la ejecución de la sentencia (Juzgado de Investigación Preparatoria), a fin de informar y justificar sus actividades, debiendo hacerlo el primer día hábil de cada mes que correspondiente. C) No volver a cometer delito doloso.

QUINTO: Advierte el Tribunal de alzada que la resolución que se cuestiona tiene como fundamentos dos puntos principales: a) Que el sentenciado no ha cumplido con firmar o acudir al biométrico en forma mensual; y b) que no ha cumplido con el pago de la segunda cuota al 28 de octubre del año próximo pasado correspondiente al 50 por ciento de los devengados y reparación civil fijadas en la sentencia conformada. Por lo que respecto de ese particular se va a realizar el análisis que corresponde.

En lo que se refiere al no cumplimiento de la firma en el control biométrico durante los meses de noviembre a diciembre de 2016, efectivamente resulta cierto y de público conocimiento de la ciudadanía de la paralización de las labores de los servidores judiciales a nivel nacional. En lo que se refiere a los meses de Enero y febrero de 2017 que efectivamente el apelante no se acercó para registrar su firma lo ha justificado en su escrito de apelación que ello aconteció por haber estado laborando fuera de la ciudad capital y ha adjuntado unas constancia de la empresa MC Car Center S.A.C en la que se señala que Marco Antonio Moreno Medina con documento nacional de identidad 42853407 ha estado laborando en dicha empresa como apoyo en el área de soporte técnico desde el 10 de octubre de 2016 al 24 de febrero del año en curso, consignando como dirección de la empresa Av. Huamán N° 576, Urb. Vista

Alegre – Víctor Larco – Trujillo, documento que no ha sido cuestionado por las partes.

Apreciamos que en lo que se refiere a la segunda cuota impaga a favor del alimentista, sobre el particular el impugnante anexo a su escrito de apelación el deposito en cuenta de ahorros de la madre del alimentista por el importe de S/1250.00 soles el 02 de marzo de 2017, esto es dos días después que se dictara la resolución de revocación de la suspensión de la pena suspendida, con la que ha cancelado la reparación civil con los devengados.

Analizamos que en el acta de la audiencia de juicio inmediato el ahora impugnante consigno en sus generales de ley tener como documento nacional de identidad 42853407 y tener el estado civil de casado datos que coinciden con su ficha de Reniec de fojas 118, y tener dos hijas; datos generales que tampoco han sido cuestionados en forma negativa ni positiva por la Fiscalía.

Que de lo expuesto líneas arribas conceptuamos que si bien es cierto el sentenciado no cumplió con las reglas de conducta mensual de concurrir al biométrico esto se encuentra justificado con la constancia laboral presentada la que no ha tenido cuestionamiento alguno; de otro lado a los dos días de la revocación de la pena suspendida ha cumplido con cancelar el integro del 50 por ciento adeudado por lo que en nuestro concepto estaría incurso dentro de la excepción que señala la Sentencia Casatoria N° 131 – 2014 – Arequipa de fecha 20 de enero de 2016 fundamento 19¹.

Consideraciones por las cuales el Colegiado Superior no comparte la evaluación efectuada por el A quo.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, las señoras Jueces Superiores que suscriben, integrantes de la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVEN:** por mayoría **REVOCAR** la resolución N° 15 emitida por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria

¹ Casación N° 131 – 2014 - Arequipa fundamento 19 *que en nuestro ordenamiento la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de índole pecuniario encuentra su excepción cuando el sentenciado acredita que no puede pagar o que lo está haciendo de modo fraccionado. Con lo que cual se salva la razonabilidad de exigir el pago y de revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento.*

Permanente de Delitos de Flagrancia y otros que aplican el D.L. 1194 que despacha la magistrada Jessica Shirley Camacho Reyes que resuelve revocar la suspensión de la pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución convirtiéndola en pena de carácter efectiva a la persona del sentenciado Marco Antonio Moreno Medina en la instrucción que se le siguió por el delito contra la Familia – Omisión a la Asistencia Familiar en agravio de Marcelo Moreno Arenaza; y **REFORMÁNDOLA** dispusieron que continua vigente contra el sentenciado la pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad suspendida, levantándose las órdenes de captura vigentes en contra del sentenciado; en consecuencia cumpla el A quo con proceder conforme a sus atribuciones; *notifíquese y devuélvase.-*

S.S.

Dra. CAVERO NALVARTE
Presidente

Dra. CHAMORRO GARCÍA
Juez Superior y D.D.

VOTO EN MINORÍA DEL JUEZ SUPERIOR,
Dr. MIGUEL TAPIA CABANÍN

(Exp.00317-2016-2-1826-JR-PE-O4)

CONSIDERANDO:

Primero.- que conforme se verifica en el auto expedido por el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente, obrante en el cuaderno de debate de Fs. 174 a 175, la revocatoria de la pena suspendida de un año y nueve meses para convertirla en efectiva, ha obedecido a dos factores: a). que el condenado MARCO ANTONIO MORENO MEDINA no aperturó la Ficha de Reglas de Conducta (Fs.165), no obstante que la sentencia se expidió el 05 de octubre del 2016-la huelga judicial se materializó desde el 22 de noviembre hasta el 31 de diciembre del 2016-, ni acudió los meses de enero y febrero del 2017 para registrar su firma, y b). no cumplió con el pago de S/. 1,250.00, que

comprendía el 50% de la Reparación civil y pensiones alimenticias devengadas, contenidas en dicha sentencia, la misma que quedo consentida, y donde se estableció taxativamente que: (sic) “... *en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se procesa conforme a lo señalado en el Art. 59° inciso 3 del Código penal, previo requerimiento de la parte legitimada-Ministerio Público*”; requerimiento que fue activado por dicha Institución.

Segundo.- que el marco de imputación del Ministerio Público contenido en la referida sentencia contra Marco Antonio Moreno Medina, es el no haber cumplido con los pagos por concepto de alimentos a favor de su menor hijo, el mismo que fue acordado en la Audiencia única del 11 de noviembre del 2014, tramitado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro (Exp.N°. N° 0213-2014-0), en el cual se llegó a un acuerdo Conciliatorio con la denunciante Jessica Karina Arenaza Torres en calidad de apoderada de su menor hijo Marcelo Moreno Arenaza, por dicho acuerdo el imputado Marco Antonio Moreno Medina se comprometía a pagar en la cuenta de la denunciante respecto de los meses de noviembre y diciembre del año 2014 que correspondían a las pensiones mensuales del Colegio (S/. 400.00 soles), además debía depositar dicha suma de dinero durante los meses que no se pague pensión de colegio, a ello se agregaba el compromiso de pagar los gastos por lonchera del menor ascendente a la suma de S/. 50.00 soles semanales, a excepción de los meses de enero y febrero; sin embargo el imputado no cumplió con efectuar los pagos correspondientes a las pensiones de los meses de noviembre –diciembre del año 2014, y de enero y febrero del 2015, lo que suma S/. 1,600.00 soles. Asimismo, no cumplió con pagar los conceptos de lonchera contabilizados a partir de la celebración de la Audiencia única(11 de noviembre del 2014), adeudando tres semanas al mes de noviembre, lo que hace un total de S/. 150.00, y de tres semanas del mes de diciembre(S/. 150.00), lo que suman S/. 300.00 soles, haciendo un total de S/.1,900.00 soles, suma que fue aprobada como liquidación de pensiones devengadas mediante la resolución DIEZ del 04 de mayo del 2015, expedido por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Lince y San Isidro, liquidación correspondiente al período desde el mes de noviembre del 2014 hasta febrero

del 2015, el mismo que fue requerido al imputado con la misma resolución y apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público con la Resolución DOCE del 02 de junio del 2015.

Tercero.- que el recurrente en su recurso de apelación de Fs. 178 a 181 del 02 de marzo del 2017, solicita que se revoque la resolución impugnada y se declare infundado el requerimiento Fiscal alegando que en la sentencia que se le impuso un año y nueve meses de pena privativa de libertad fue con carácter se suspendida, y para reparar el daño ocasionado a través del pago de devengados en la forma y plazo acordado era S/. 1250.. el 06 OCT2016, y S/. 1,250.00 el 28 OCT 2016 a favor de la parte agraviada, todo ello bajo apercibimiento de procederse a confirmar lo previsto en el Art. 59 inc. del Código Penal; sin embargo el juzgador no ha ponderado que el sentenciado consignó el 06 OCT 2016 la suma de S/. 1,250.00 a favor de la parte agraviada, lo que demuestra una voluntad de pago y debido a la situación económica por la que atraviesa no ha sido posible cumplir con la totalidad de los depósitos pactados; que, de otro lado el Juzgado ha aplicado lo previsto en el Art. 59 del C.P. inc. c). sin tener en cuenta que es la medida más gravosa que solo se debe aplicar en última instancia, existiendo medidas menos intensas como amonestar al infractor y prorrogar el período de suspensión, y que además la Casación N° 656-2014-ICA publicada el 08 Oct. 2016 que estableció como doctrina jurisprudencial en su fundamento jurídico 15 *“.. la aplicación de los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta previsto en el art. 59 del Código Penal deberá darse conforme a las propias norma de manera discrecional del juez”*, es decir, está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres presupuestos, situación que ocurre en el caso concreto pues el sentenciado ha demostrado su conducta de querer cumplir con el pago adeudado, y en la fecha se ha cumplido con el íntegro de los devengados, y por lo tanto se le debe imponer una medida menos gravosa a la revocatoria de la pena; y , respecto al incumplimiento de las firmas de control, ello se ha debido a que el sentenciado estuvo laborando fuera de la capital, aunado a ello la huelga judicial, sin embargo reconoce que de su parte ha existido cierta desidia para efectos del control, siendo esta la primera vez que

ha sido denunciado, solicitando por estos motivos que se le justifique el hecho de no haber firmado las reglas de conducta por esta vez y así poder cumplir con las reglas de conducta, recaudando con su escrito fotocopia del depósito judicial al Banco de la Nación por la suma de S/. 1,250.00 el 06 OCT 2016, y del depósito judicial por la suma de S/. 1,250.00 del 02 MAR 2017, y la constancia de trabajo que estuvo laborando fuera de la ciudad capital; argumentos que reitero en su primera intervención en la audiencia.

Cuarto.- Que por su parte la representante del Ministerio Público en su primera intervención alegó que no había habido ninguna afectación de los derechos del sentenciado al emitirse el auto que revoca la pena suspendida, en razón del incumplimiento del pago de la cuota del 28 de octubre del 2016 proveniente de la sentencia conformada, y que para dicha revocatoria no se requería ningún apercibimiento previo porque ello se encontraba previsto en la sentencia; que el pago lo hizo el 02 de marzo del 2017, esto es, dos días después de haberse llevado a cabo la audiencia de revocatoria de suspensión de la pena; que además, no aperturó el libro de registro de firma, y por ello solicita la confirmación del auto.

Quinto.- que en el Debate, y preguntas de los Magistrados, la Fiscalía reitero la no afectación de los derechos del sentenciado; que desde la emisión de la sentencia conformada ése conocía de los pagos y cuando su libertad estuvo en problemas recién pagó; que no existe necesidad de requerimiento previo para la revocatoria; por su parte el Abogado Defensor alegó que su patrocinado no pudo pagar en su oportunidad porque tenía otra carga familiar, dos hijos, y que era objeto de otras denuncias; que existió contradicción sobre dónde debería de firmar, en el mismo Juzgado Penal o en la Mesa Única de Partes; que respondió que el lo asesoró en la sentencia conformada y que le explico los alcances, y también lo hizo el Juez de la Causa; y también como Abogado le precisó que si no pagaba las cuotas establecidas, se le revocaría la pena suspendida por pena efectiva.

Sexto.- Que el art. 4° de la L.O.P.J. preceptúa: (sic) " *Toda persona y autoridad esta obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales*

o de índole administrativa, emanadas de la autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala”.

Sétimo.- Que conforme se ha consignado bajo el rubro 4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO, en la Casación N° 251-2012 LA LIBERTAD, SALA Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. (Sic) “ *que conforme a lo regulado en los artículos 57 y siguientes del Código Penal, la suspensión de ejecución de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por la suspensión de la ejecución de la pena; es decir, la imposición de la condena, la suspensión de la pena y el señalamiento de un régimen de prueba bajo reglas de conducta.*

De allí que conforme a lo regulado en el Art. 59 del Código Penal, la suspensión de la pena debe ser revocada si durante su vigencia, no se cumple con las reglas de conducta impuestas. En este contexto, el Juez procede a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que le corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos.

En consecuencia, la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena privativa de libertad, tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que llevaría a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de ejecución de pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad”.

Octavo.- que, de otro lado, cabe mencionar que la Casación N° 131-2014 AREQUIPA de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, si bien no lo ha dotado como doctrina jurisprudencial vinculante, el fundamento jurídico 19 establece(sic) “ *Sin embargo es necesario señalar que nuestro ordenamiento indica que la revocación de la suspensión de la pena por no cumplir con una regla de conducta de índole pecuniario encuentra su*

excepción cuando el sentenciado acredita que no puede pagar o que lo esta haciendo de modo fraccionado. Con lo cual se salva de razonabilidad de exigir el pago y revocar la suspensión de la pena en caso de incumplimiento”.

Noveno. -que dentro de este contexto cabe analizar los argumentos de la Defensa:

a). cuando sostiene que no se ha ponderado el pago de S/. 1,250.00 el 06 de octubre del 2016 demostrando su voluntad de pago, cabe señalar que la materia de la revocatoria ha sido el no pago de la cuota por S/. 1,250.00 fijada para el **28 de octubre del 2016**, y proveniente de una sentencia conformada y declarada consentida; máxime que el sentenciado tenía pleno conocimiento que su incumplimiento en esa fecha derivaría en la revocatoria de la pena, suspendida por pena efectiva, y que inclusive al 20 de febrero del 2017 que se llevo a cabo la audiencia de revocatoria de suspensión de ejecución de la pena, seguía pendiente de pago.

b). en lo concerniente a que se debió imponer una medida menos gravosa, como los incisos 1 ó 2 del Art. 59 del Código Penal y no el 3)., cabe puntualizar que la sentencia conformada de manera taxativa consignó que de incumplirse las reglas de conducta, se procedería conforme al inciso 3). del Art. 59 del Código Penal, esto es, la revocatoria de la suspensión de la pena; y si bien la Defensa alega la Casación N° 656-2014 ICA de la Sala Penal permanente aduciendo que esta en la decisión del Juez optar por cualquiera de los presupuestos, dicha casación en el fundamento Quinto establece: “*A modo de conclusión se puede establecer que la aplicación de los efectos del incumplimiento de las reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma a manera discrecional del Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de que se exija una secuencia prelativa. No se puede exigir al Juez Penal a imponer dichos efectos de manera correlativa, cuando es algo expresamente contrapuesto con la norma, más aún que se contraponen con el sentido de ésta. ...*”; máxime que también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado que las tres alternativas a que se contrae el Art. 59 del C.P. no obliga al Juez a aplicar tales alternativas

en forma sucesiva, sino que ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena pueda ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas. STC N° 01474-2010-PHC/TC PIURA Nicanor Lara Elías (03/09/10) fundamento 5; y STC04649-2014-PHC/TC La Libertad, Juan José Fajardo Bizama (25/05/16), fundamento 3.

c). la alegación de que el incumplimiento de las firmas de control obedeció a que el sentenciado estuvo laborando fuera de la capital, aunado a la huelga judicial y al reconocimiento de cierta desidia de su parte, cabe precisar que en autos no existe solicitud al Juzgado para ausentarse del lugar de su residencia, como es la regla de conducta a). de la sentencia conformada, y donde tal ausencia debe ser con autorización judicial; y, en cuanto a la huelga, el apelante no ha desvirtuado lo desarrollado por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Lima sobre las fechas en que comenzó y terminó la huelga judicial el año 2016, no bastando la sola petición para que se justifique el incumplimiento de las firmas.

Décimo.- que, adicionalmente al considerando precedente, cabe señalar que los recaudos acompañados en la apelación como el voucher de Depósito en cuenta de Ahorros MNA en el Banco de Crédito por S/. 1,250.00 hecho el 02/03/2017 a la cuenta de Arenaza Torres Jessica Karina (Fs.183), así como la Constancia elaborada por MC car center s.a.c. a favor de Marco Antonio Moreno Medina(Fs. 185), no resultan merituables, a tenor de lo que preceptúa el art. 409 del Código Procesal Penal, en lo que se refiere a que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

En este caso los documentos aportados en la apelación no fueron tenidos a la vista el A-quo, y su valoración en esta instancia importaría la vulneración del debido proceso en el derecho de pluralidad de instancia, que al margen de ello el documento aportado por MC car center s.a.c. tiene como dirección en Av. Huaman N° 576, Urb. Vista Alegre Víctor Larco-Trujillo, lo que evidencia concretamente la trasgresión de la regla de conducta a). en la

sentencia conformada: (sic) “ *La prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial*”, precedentemente citada.

Décimo Primero.- finalmente, no resulta aplicable las excepciones referidas en el considerando octavo, en la medida de que el recurrente no acredita materialmente haber estado en posición de no haber podido realizar el pago de la cuota del 28 de octubre del 2016, y menos que haya realizado amortizaciones sobre el monto de S/. 1,250.00, y

Décimo Segundo.- que, de otro lado, la parte resolutive debe de ser clara para el debido cumplimiento de sus efectos, advirtiéndose la necesidad de integrar mayores datos de la misma, sin que ello modifique o cambie el sentido de lo resuelto, concordante con el art. 124 del C.P.P.

Por estos fundamentos, MI VOTO es porque se **CONFIRME** el auto apelado que **revoca** la suspensión de la pena de un año y nueve meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, convirtiéndola en pena de carácter efectiva, e *,integrándose,* impuesta a Marco Antonio Moreno Medina, en la sentencia del 05 de octubre del 2016, como autor del delito contra la familia en la modalidad de Omisión de Asistencia Familiar (previsto en el primer párrafo del artículo 149 del Código penal) en agravio de Marcelo Moreno Arenaza, con lo demás que contiene:

S.S.

DR. TAPIA CABAÑÍN
Juez Superior

M(o). Félix Antonio Domínguez Ruiz
ASESOR

M(o). Bartolomé Eduardo Milán Matta
PRESIDENTE

Dr. Silvio Miguel Rivera Jiménez
SECRETARIO

M(o). Jovían Valentín Sanjinéz Salazar
VOCAL

