

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
E.A.P.DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS
DINÁMICAS EN LOS PROCESOS POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA
FAMILIAR EN EL PERÚ**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TESISTAS:

BACH. SIMÓN HERRERA DIEGO EDSON

BACH. CHRISTIAN JESÚS CRESPO RAMOS

ASESOR:

DRA. JHULY MORI LEÓN

NUEVO CHIMBOTE - PERÚ

2019

HOJA DE AVAL DE ASESOR

La presente tesis titulada “Reglas para la aplicación de las Cargas Probatorias dinámicas en los procesos por Omisión a la Asistencia Familiar en el Perú.”, ha sido elaborada según el Reglamento para obtener el Título Profesional de Abogado, mediante la modalidad de Tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanal N° 133-2018-UNS-DEFH de fecha 23 de julio del 2018.

DRA. JHULY MORI LEÓN

Asesora

HOJA DE AVAL DEL JURADO

Terminada la sustentación de la tesis titulada: “Reglas para la aplicación de las Cargas Probatorias dinámicas en los procesos por Omisión a la Asistencia Familiar en el Perú.”. Se considera aprobados a los Bachilleres: Diego Edson Simón Herrera con código 201035043 y Christian Jesús Crespo Ramos con código 201035005. Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 411-2019-UNS-CFEH de fecha 09 de diciembre del 2019.

Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras
PRESIDENTE

Mg. Eduardo Montenegro Vivar
INTEGRANTE

Mg. Jhuly Mori León
INTEGRANTE



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las dieciocho horas del día veintiséis de diciembre del año dos mil diecinueve, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR y DRA. JHULY MORI LEÓN para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: DIEGO EDSON SIMON HERRERA, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

“REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LOS PROCESOS POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ”

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las diecinueve horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 26 de diciembre de 2019

.....
DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS
PRESIDENTE

.....
MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR
SECRETARIO

.....
DRA. JHULY MORI LEÓN
INTEGRANTE



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central del Campus Universitario, siendo las dieciocho horas del día veintiséis de diciembre del año dos mil diecinueve, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR y DRA. JHULY MORI LEÓN para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, a la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **CHRISTIAN JESÚS CRESPO RAMOS**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

"REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LOS PROCESOS POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PERÚ"

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las diecinueve horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 26 de diciembre de 2019


.....
DR. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS
PRESIDENTE


.....
MS. EDUARDO MONTENEGRO VIVAR
SECRETARIO


.....
DRA. JHULY MORI LEÓN
INTEGRANTE

DEDICATORIA

A DIOS, porque nos ilumina siempre, bendice nuestros caminos y llena de goce nuestros corazones.

Al mi esposa Freyza por la comprensión y amor incondicional que me brinda y a mi hija Victoria, por la fuerza que me ha otorgado para salir adelante.

A mis padres Juan y Patricia y a mi abuela Mirtha Mabel Sevillano Leonqui porque siempre me han brindado su apoyo incondicional antes las adversidades.

Diego

DEDICATORIA

A DIOS por el milagro de la vida, por darme salud y bendición para alcanzar mis metas profesionales y ser feliz con los míos.

A mis padres Carlos y María, y mis hermanos Maribel, Jessica y Carlos, por guiarme en el camino de la vida y ser fuente infinita de amor, fortaleza y sabiduría.

A la Dra. Graciela Domínguez, a la Dra. Ysabel Rodas, por inspirar en mí el amor a esta digna profesión.

Christian

AGRADECIMIENTO

A nuestra asesora de tesis Dra. Jhuly Mori León, por su ardua labor como investigadora, asesora y magistrada. Y además por habernos ayudado a realizar la presente tesis con sus consejos y lineamientos.

A nuestra alma mater Universidad Nacional del Santa, en especial a la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas, por acogernos en sus aulas y contribuir con nuestra formación profesional.

Los autores

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General de Grados y Títulos aprobado por Resolución N° 492-2017-CU-R-UNS del 03 de julio del 2017 de la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: «Reglas para la aplicación de las Cargas Probatorias dinámicas en los procesos por Omisión a la Asistencia Familiar en el Perú» , con fin de optar el título profesional de Abogado.

La presente investigación versa sobre un problema jurídico-social, en nuestro país: la omisión por parte de los operadores del derecho de acreditar y debatir sobre la capacidad económica del imputado en los procesos penales por el delito de omisión a la asistencia familiar y la necesidad de establecer como criterio de la carga de la prueba a la teoría de las cargas dinámicas probatorias. En este contexto, la presente tesis es resultado del análisis del ordenamiento jurídico nacional, la doctrina existente y casuística judicial nacional y comparada.

ÍNDICE GENERAL

HOJA DE AVAL DE ASESOR.....	ii
HOJA DE AVAL DEL JURADO	iii
ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE LA TESIS.....	iv-v
DEDICATORIA.....	ivi-vii
AGRADECIMIENTO	viii
PRESENTACIÓN	ix
ÍNDICE GENERAL.....	x
RESUMEN.....	xvi
ABSTRACT	xvii
I.INTRODUCCION	18
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	18
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
1.1.3. ANTECEDENTES	25
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	27
1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	27
1.3.1. OBJETIVO GENERAL	27
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	27
1.4. LA FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	28
1.5. VARIABLES	28
1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	28
1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	28
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	28
1.6.1. POR QUÉ:.....	28

1.6.2. PARA QUÉ	30
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	32
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS	33
1.9. BREVE REFERENCIA A LA BIBLIOGRAFIA	34
CAPÍTULO I:.....	35
1.1. DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR	36
1.1.1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.....	36
1.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	37
1.1.3. ¿DELITO CONTINUADO, PERMANENTE O INSTANTÁNEO?.....	43
1.1.4. DELITO DE OMISIÓN PROPIA: PRESUPUESTOS TÍPICOS OBJETIVOS.....	44
a. Delitos de omisión en general y su estructura	44
b. Prepuesto I: Mandato judicial.....	47
c. Presupuesto II: Capacidad económica del obligado	49
d. Presupuesto III: la omisión alimentaria contraria al mandato	51
1.1.5. TIPO SUBJETIVO: CONDUCTA OMISIVA DOLOSA	51
1.1.6. SUJETOS	53
1.1.7. PENA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL	54
1.2. PROCESO PENAL POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR	55
1.2.1. ANTECEDENTES	55
1.2.2. PROCESO INMEDIATO	55
a. Naturaleza	55
b. Supuestos de aplicación.....	56
1.2.3. INTRODUCCIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PROCESO INMEDIATO	58
a. Incoación del proceso inmediato por el delito omisión a la asistencia familiar .	58
b. trámite.....	62

c. Decisión judicial	62
d. Desestimación del requerimiento de incoación de proceso inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar.....	65
e. Del juicio inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar.....	66
CAPÍTULO II:.....	70
2.1. EL ACTUAL PROCESO PENAL PERUANO	71
2.1.1. PROCESO	71
2.1.2. ANTECEDENTES	71
2.1.3. ¿UN PROCESO GARANTISTA Y ACUSATORIO DE TENDENCIA ADVERSARIAL?	75
2.1.4. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.....	75
2.1.5. EL FIN DEL PROCESO: ¿HALLAR LA VERDAD?	77
2.1.6. LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA.	78
2.1.7. UN PROCESO QUE IMPLICA EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL IMPUTADO.....	78
2.1.8. UN PROCESO ACUSATORIO, DE TENDENCIA ADVERSARIAL	80
2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO GARANTÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	82
2.2.1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	82
2.2.2. CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	83
2.2.3. DIMENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	86
a. Dimensión extraprocesal.....	86
b. Dimensión procesal.	87
b.1. Regla de tratamiento del imputado.....	87
b.2. Regla probatoria	88
b.3. Regla de juicio	91
2.2.4. FUNDAMENTOS	93

2.2.5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO: IN DUBIO PRO REO Y ESTÁNDARES DE PRUEBA.....	96
a. In dubio pro reo	96
b. Estándares de pruebas.....	100
2.3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	101
2.3.1. LA CARGA DE LA PRUEBA EN OTROS PROCESOS.....	101
2.3.2. LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DEL MARCO PROCESAL PENAL	103
2.3.3. CONSECUENCIAS E IMPLICANCIAS	104
CAPITULO III:	105
3.1. TEORÍAS DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS.....	106
3.1.1. CONCEPTO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS	106
3.1.2. CARACTERES	107
3.1.3. CONTENIDO.....	108
3.1.4. LAS TEORÍAS DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS Y SU COHERENCIA CONSTITUCIONAL.....	110
3.1.5. LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS VS EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	111
3.1.6. APLICACIÓN DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS EN JURISPRUDENCIA DEL DERECHO COMPARADO: COLOMBIA.....	115
3.2. LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS Y SU APLICACIÓN AL PROCESO PENAL POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.....	120
3.2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS AL PROBLEMA	120
3.2.2. SOBRE LA PRUEBA EVIDENTE EN EL PROCESO INMEDIATO	121
3.2.3. EL DELITO EVIDENTE DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR	123

3.2.4. EL VERDADERO PROBLEMA: LA COMPLEJIDAD DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR.....	124
3.2.5. LA COMPLEJIDAD EN LA PRUEBA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA.....	127
3.2.6. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA.	131
3.2.7. EL DEBER DEL FISCAL DE REALIZAR ACTOS MÍNIMOS DE INVESTIGACIÓN Y APORTAR PRUEBAS QUE NO DEMANDEN MAYORES PROBLEMAS EN SU VALORACIÓN.....	133
3.2.8. CASUÍSTICA.....	136
a. ANÁLISIS CRÍTICO	138
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	142
3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	142
3.1.1. MÉTODO DESCRIPTIVO:	142
3.1.2. MÉTODO DOGMÁTICO FUNCIONAL:	142
3.2. ESTRATEGIA DEL ESTUDIO	142
3.2.1. HISTÓRICO – JURÍDICO:	142
3.2.2. DESCRIPTIVO – PROPOSITIVO	142
3.2.3. JURÍDICO- EVALUATIVO:.....	143
3.2.4. JURÍDICA – COMPARATIVA:	143
3.3. UNIVERSO MUESTRAL.....	144
3.3.1. MUESTRA POR OPORTUNIDAD:	144
3.3.2. MUESTRA TEÓRICA:.....	144
3.4.TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	145
3.4.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	145
3.5. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	146
3.5.1. ANÁLISIS DE CONTENIDO;	146

3.5.2. BITÁCORA DE ANÁLISIS:	146
3.5.3. TÉCNICA DE CORTE O CLASIFICACIÓN:	146
3.6. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	147
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	148
4.1. RESULTADO 1	148
DISCUSIÓN DE RESULTADO 1	148
4.2. RESULTADO 2	156
DISCUSIÓN DE RESULTADO 2	156
4.3. RESULTADO 3	159
DISCUSIÓN DE RESULTADO 3	160
4.4. RESULTADO 4	166
DISCUSIÓN DE RESULTADOS 4	166
V. CONCLUSIONES	171
VI. RECOMENDACIONES	175
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	183
7.1. LIBROS	183
7.2. TESIS	188
7.3. JURISPRUDENCIAS	188
7.4. ARTÍCULOS	189
7.5. LINKOGRAFIAS	190
VIII. ANEXOS	191
8.1. MODELOS DE ENCUESTA	191
8.2. TABULACIÓN DE DATOS DE LA ENCUESTA	195
8.3. SENTENCIA DE VISTA DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUMBES	200
8.4. ACUERDO PLENARIO 002-2016	211

RESUMEN

El presente proyecto de investigación tiene por objetivo proponer como criterio la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias en los procesos penales por omisión a la asistencia familiar, para trasladar la carga de la prueba hacia el imputado, con el fin de acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia.

Se trata de una investigación científica, que por su naturaleza es descriptiva (cualitativa) y específicamente como investigación jurídica es de tipo dogmática-funcional; debido al uso de los métodos: descriptivo y dogmático-funcional, teniendo como diseños específicos: El histórico jurídico, el descriptivo propositivo, el jurídico-evaluativo y jurídico comparativo.

Se ha obtenido como resultado que es posible aplicar como criterio la teoría de las cargas dinámicas probatoria para acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia siempre que el Ministerio Público cumpla los principios de imputación necesaria, suficiente y objetividad, que sea el imputado quien alegue ausencia de capacidad económica, exista dificultad probatoria, y además facilidad y disponibilidad del medio de prueba.

Palabras clave: teoría de las cargas dinámicas probatorias, omisión a la asistencia familiar, principio de presunción de inocencia.

Los autores

ABSTRACT

The present investigation is to propose as a criterion the application of the theory of the dynamic probationary loads in criminal proceedings for omission to family assistance, to transfer the burden of proof to the accused, in order to credit the budget typical of the economic capacity to comply with the food obligation, without violating the principle of presumption of innocence.

It is a scientific investigation, which by its nature is descriptive (qualitative) and specifically as legal research is dogmatic-functional type; due to the use of the methods: descriptive and dogmatic-functional, having as specific designs: The legal history, the descriptive purpose, the legal-evaluative and comparative legal.

It has been obtained as a result that it is possible to apply as a criterion the theory of dynamic probative burdens to prove the typical budget of the economic capacity in the criminal processes of omission to family assistance, without violating the principle of presumption of innocence whenever it is the accused who alleges absence of economic capacity, there is evidence, ease and availability of the evidence.

KEYWORDS: theory of the dynamic probationary loads, omission to family assistance y principle of presumption of innocence

The Authors

I. INTRODUCCION

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El delito de Omisión a la Asistencia Familiar es uno de los más recurrentes en los juzgados, generando excesiva carga procesal y si bien es cierto, hoy en día se tramitan bajo las reglas del proceso inmediato, dispuesto así mediante el Decreto Legislativo 1194, publicado el 29 de agosto del 2015, lo que implica una simplificación de los actos procesales y de la actividad probatoria, cuyo fundamento lo constituye la evidencia delictiva, es de verse como aún se suscitan ciertas incongruencias en las actuaciones procesales de los operadores del Derecho, en cuanto a la obligación por parte del Ministerio Público de acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica del imputado; la valoración judicial se puede ver desprovista de acceso a todo el material probatorio que por un tema de seguridad jurídica y tutela jurisdiccional efectiva, el imputado debería tener la posibilidad de acreditar, en aras de un proceso penal justo y ordenado, sin desmedro de las garantías procesales.

En estos procesos, lo que el Ministerio Público suele hacer, es presentar su requerimiento de incoación a proceso inmediato y su posterior acusación centrando su teoría del caso y su correspondiente material probatorio, en la existencia de una obligación de prestar alimentos y en la presunción dolosa del incumplimiento de ésta por parte del imputado. Y el juez, sobre la base de lo presentado por el fiscal, resuelve en la gran mayoría de los casos condenando al imputado.

Sin embargo, los operadores del derecho, han olvidado que en nuestro

ordenamiento normativo penal, la omisión a la asistencia familiar es un delito regulado en el artículo 149 del Código Penal vigente que sanciona a individuos que omiten cumplir con una obligación de alimentos impuesta por un juez en la vía extrapenal, cuyos presupuestos típicos son: a) El mandato judicial, b) La capacidad del obligado con el mandato y c) La omisión alimentaria contraria al mandato.

En ese sentido, al ser la capacidad económica uno de los presupuestos típicos del delito de omisión a la asistencia familiar, debe ser objeto de debate en el proceso penal con la debida y suficiente actividad probatoria destinada a crear convicción en el juez sobre la comisión o no de dicho delito.

Es esta la posición asumida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 02-2016; toda vez que a criterio de los magistrados que la conforman, en la omisión a la asistencia familiar no basta que concurren las exigencia típicas de la previa obligación declarada por la justicia civil, el monto de la pensión de alimentos y del incumplimiento del pago de esta, sino que además debe concurrir la posibilidad del obligado de poder cumplir con dicha obligación.

Visto hasta ese punto, pareciera que no hubiera problema alguno, puesto que ya se ha precisado que la capacidad económica del imputado es un presupuesto típico del delito a la omisión a la asistencia familiar, por lo que desde ahora en adelante tiene que ser objeto de debate y decisión en el proceso. Sin embargo, no nos hemos puesto pensar sobre las consecuencias que genera en el proceso, y que de alguna u otra manera

cambia las reglas de la actividad probatoria.

Al respecto existe un caso – que se circunscribe una aproximación de lo antes expuesto - sobre omisión a la asistencia familiar en el Distrito judicial de Tumbes, recaído en el Exp. 346-2010-10, en el que los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones, adelantándose muchísimos años a la Corte Suprema, revocaron la sentencia que condenaba a Genaro Marcial Vargas Astudillo, como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, y lo absolvieron, esbozando como fundamentos:

- Que el Ministerio Público al ser el titular de la acción penal y tener la carga de la prueba, no había llevado a cabo ni un solo acto de investigación destinado a acreditar el dolo, ni mucho menos se actuó prueba alguna que acreditara la capacidad física del imputado para estar en la aptitud regular de poder cumplir la obligación.
- Que lo actuado en vía extrapenal servía de sustento para incoar proceso inmediato, pero que no era suficiente para determinar la responsabilidad penal, donde es necesario verificar el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del referido tipo penal.
- Que, el imputado durante el desarrollo del proceso tenía conocimiento de su obligación, pero a su vez señaló que no cumplió con ella porque se encontraba enfermo, y que fue conocimiento también del Fiscal en la etapa de investigación preparatoria, lo cual merecía una actividad mínima de investigación de parte de éste, la misma que hubiera estado orientado a desvirtuar el argumento de la defensa y acreditar de manera contundente el dolo.

- Que, finalmente, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, existía duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que es favorable al imputado pues en virtud del principio de inocencia, que a su vez requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, correspondía absolver al imputado.

Tenemos pues, que tanto a Corte Suprema como los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Tumbes, coinciden en que la capacidad económica es parte del tipo penal; y que por lo tanto merece ser objeto de actividad probatoria a efectos de determinar la existencia o no del dolo y así poder de emitir una sentencia. Lo cual es cierto, y no existe duda al respecto, pues tanto la doctrina y la jurisprudencia de nuestra propia Corte Suprema así lo han declarado.

Sin embargo, en ninguna de las dos esferas se ha profundizado lo suficiente. Por un lado, creemos que la Corte Suprema ha sido superficial al tratar el problema de los procesos a la omisión a la asistencia familiar, al solo limitarse a decir que : ***“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”***; sin haber procedido a describir cuáles serían las consecuencias jurídicas de índole procesal, específicamente en cuanto a la actividad probatoria.

Y por otro lado, aunque en cierta medida es válido lo fundamentado por Sala Penal de Apelaciones de Tumbes, creemos que no ha reparado en las

graves consecuencias jurídicas que implicaría asumir que por prevalencia del principio de presunción de inocencia, es al fiscal a quien le correspondería probar el estado de capacidad del imputado para cumplir con la obligación, ello en razón de que es a él a quien le corresponde la carga de la prueba en el derecho procesal penal. Pues habría que preguntarnos: ¿De qué manera podría el Representante del Ministerio Público probar la suficiente capacidad económica del imputado? O en el caso de que el imputado alegue alguna incapacidad que le impida cumplir con su obligación: ¿Cómo podría el Representante del Ministerio Público desvirtuar lo alegado por el omiso?

Responder a esta cuestión es difícil, puesto que dadas las serias dificultades que existen para probar las condiciones económicas de una persona en nuestro país, debido a la informalidad entre otras cuestiones, podría resultar casi imposible acreditarlo; teniendo como consecuencia directa la absolución; que podría desencadenarse en una serie de absoluciones en la mayoría de procesos penales por omisión a la asistencia familiar a nivel nacional, lo que a su vez generaría impunidad puesto que cualquiera podría tan solo limitarse a alegar incapacidad para el cumplimiento, pese a no tenerla, siendo que a quien le correspondería probar de que no es así, sería al Representante del Ministerio Público.

Es este uno de los grandes problemas en los procesos de omisión a la asistencia familiar; por un lado, encontramos que a quien le corresponde la carga de la prueba por mandato legal y constitucional es al Ministerio Público, quien debe acreditar todos los presupuestos típicos incluido el de la capacidad económica y por el otro lado, encontramos la dificultad de su

acreditación, lo que a su vez conllevaría a una absolucón, que en la mayoría de los casos, no resultaría ser justa, más aún si en el proceso de omisión a la asistencia familiar, no solo hay requerimientos hechos por parte del juzgador (en lo civil) para que cumpla el pago de la pensión, sino también a nivel fiscal como parte de la investigación preliminar antes de incoar un proceso penal, el representante del Ministerio Público también le requiere el pago de las pensiones devengadas; y es más, en la misma incoación del proceso inmediato puede arribarse mecanismos alternativos para terminar el conflicto.

La situación sería distinta, si en un proceso por omisión a la asistencia familiar en vez de probar la capacidad económica, lo que se buscara probar fuese la ausencia de esa capacidad; que a su vez, significaría que quien tenga que acreditarlo sea el imputado y ya no el Representante del Ministerio Público, ello en razón de que: i) Es imposible que el Ministerio Público busque probar la ausencia, cuando lo que le conviene es la existencia de la capacidad económica, y ii) Existe mayor facilidad para el imputado ofrecer pruebas que puedan acreditar tal condición, por estar las mismas dentro de su ámbito de dominio. Sin embargo, tal idea podría sonar algo descabellada para algunos. Para los defensores más acérrimos de la naturaleza del proceso penal sería impensable, ya que a quien le corresponde la *carga de la prueba* – **como consecuencia de la presunción de inocencia del imputado** - al ser el delito en cuestión de persecución pública, es al Representante del Ministerio público; y no al imputado. Pero para los procesalistas modernos es posible trasladar esa carga de la prueba, aplicando las nuevas teorías que se han desarrollado

sobre el proceso en general, aplicable también al proceso penal.

No olvidemos que los derechos y garantías no son absolutas, pues todos ellos admiten excepciones, y con mucha más razón en esta época, donde se habla de una especie de flexibilización de los principios del proceso.

Recordemos que el fin del proceso no es uno en sí mismo, sino que busca resolver un conflicto, busca alcanzar una verdad, y aunque esta es jurídica, pues se aceptará como tal lo que se pueda probar, es deber de las partes hacer todo lo posible para alcanzarla, siempre que con ello no se vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales y garantías procesales.

No cabe duda que la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación es un presupuesto típico que debe probarse en el proceso penal, sin embargo, habría que preguntarnos si es posible que el imputado sea quien tenga que probar la ausencia de su capacidad económica para afrontar su obligación, sin que esto signifique atentar contra el principio de presunción de inocencia; siendo nuestra misión hallar la respuesta a esta problemática planteada, toda vez que, por un lado, como ya se ha precisado, la Corte Suprema no lo ha previsto y ha mencionado algo al respecto, y por otro lado, no existen investigaciones que aborden de manera directa el tema.

Desde nuestra perspectiva, creemos que es posible hallar un equilibrio sobre la carga de la prueba en los delitos de omisión a la asistencia familiar. Tenemos la firme convicción de que podemos encontrar el criterio que coadyuve a hacer del proceso penal por omisión a la asistencia familiar, uno justo, que no arroje como resultado la impunidad pero que tampoco se convierta en un arma destinado a herir gravemente a las

garantías que le asisten a quien es imputado en un proceso penal, es finalmente este el propósito de la presente investigación.

1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación plantea como objeto, el estudio de teoría de las cargas dinámicas probatorias aplicadas a los procesos por omisión a la asistencia familiar, en cuanto al presupuesto típico de la capacidad económica del imputado.

1.1.3. ANTECEDENTES

En el Perú no existe trabajo de investigación alguno que haya tratado sobre el problema de la carga de la prueba de la capacidad económica del imputado en los procesos de omisión a la asistencia familiar, ni mucho menos se advierten tesis que busquen aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias al proceso penal; sin embargo, a nivel internacional, encontramos que en Colombia se han realizado trabajos de investigación que se acercan a nuestro tema de investigación. De esta manera, tenemos:

a) Junco y Pájaro (2016), en su tesis para obtener el título de abogado:

Mecanismos efectivos para exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Cartagena, analizan la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y llegan a la conclusión de que en el proceso penal por inasistencia alimentaria, la expresión “sin causa justa” implica atipicidad; siempre que la sustracción del cumplimiento de la obligación de alimentos, se debieran a circunstancias ajenas a su voluntad. Por tanto, si el agente incumple de manera total o

parcialmente, por una circunstancia de fuerza mayor, la conducta no es punible, por razones de atipicidad o por ausencia de responsabilidad.

- b) Mora y Ortiz (2014) en su tesis para obtener el grado de Magister en Derecho Probatorio: **Aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba en materia penal dentro de un sistema acusatorio**, de la Facultad de Derecho de Fundación Universitaria Católica Del Norte en Colombia, analizan la teoría de las cargas dinámicas probatorias y su aplicación en la jurisprudencia penal por parte de la Corte Suprema de Colombia, llegando a la conclusión de que, por un lado, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba en materia penal tiene una aplicación restrictiva, pues se enfrenta con principios tales como presunción de inocencia, in dubio pro reo; entre otras garantías constitucionales y por otro lado, la aplicación del concepto de la carga dinámica de la prueba de manera específica en algunos delitos como lo son de porte ilegal de armas y el enriquecimiento ilícitos, se debería admitir que si procedería la aplicación del instituto de las cargas dinámicas probatorias, pues los sujetos activos de las conductas, ejerciendo una defensa técnica de sus representantes tienen la carga probatoria de aportar elementos de juicio, que solo ellos pueden hacerlo para sustentar sus pretensiones. En tal sentido, como se puede observar, aquí se admite plenamente la aplicación de las cargas dinámicas probatorias en el proceso penal, siempre que se observen las garantías del imputado. Por lo que su aplicación se hará casos con ciertas particularidades que ameriten su

aplicación.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el criterio a aplicarse para trasladar la carga de la prueba hacia el imputado, en los procesos de omisión a la asistencia familiar y de esa forma acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia?

1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

a) Proponer como criterio la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias en los procesos penales por omisión a la asistencia familiar, para trasladar la carga de la prueba hacia el imputado, con el fin de acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Describir el delito de omisión a la asistencia familiar y sus presupuestos, con enfoque específico en la capacidad económica del imputado.
- b) Analizar la teoría de las cargas dinámicas probatorias con el fin de establecerla como criterio de la carga de la prueba respecto del presupuesto típico de la capacidad económica del imputado en los procesos penales por omisión a la asistencia familiar.
- c) Analizar la carga de la prueba en el proceso penal peruano como manifestación del principio de presunción de inocencia.

- d) Aplicar como criterio la teoría de las cargas dinámicas probatorias a efectos de acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica del imputado en los procesos penales por omisión a la asistencia familiar, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia.

1.4. LA FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El criterio para trasladar la carga de la prueba hacia el imputado en los procesos por omisión a la asistencia familiar y de esa forma acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria sin atentar contra el principio de presunción de inocencia, es aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias.

1.5. VARIABLES

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La teoría de las cargas dinámicas probatorias.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar.

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. POR QUÉ:

La investigación de la carga de la prueba en los procesos por omisión a la asistencia familiar, se da porque nace como consecuencia de la deficiencia procesal destinada a resolver dichos delitos y es que en ellos, actualmente no se debate el presupuesto típico de la capacidad económica del imputado. Por lo que no existe un marco de actuación procesal que prevea – informe a las partes – la situación probatoria de los delitos de omisión alimentaria como consecuencia de ello.

Asimismo, la actuación de la Corte Suprema tampoco ha sido del todo esclarecedora, puesto que se ha limitado a enunciar que la capacidad económica es parte del tipo penal, pero no ha desarrollado las consecuencias jurídicas que aquello conlleva, sobretodo en cuanto a materia de prueba. En ese sentido, el presente trabajo de investigación **es importante porque** está destinado a proponer ciertas reglas de carga probatoria en el proceso penal por omisión a la asistencia familiar, de tal manera que por un lado se busque unidad de criterio en el tratamiento probatorio en los delitos de omisión a la asistencia familiar, y por otro lado coadyuve a hacer del proceso penal por omisión a la asistencia familiar, uno justo, que no arroje como resultado la impunidad pero que tampoco se convierta en un arma destinado a herir gravemente a las garantías que le asisten a quien es imputado.

Asimismo, el presente trabajo también es impulsado por el ánimo de cambiar la visión clásica que siempre se ha tenido del proceso penal: un proceso donde el imputado en base al principio de presunción de inocencia está eximido de probar. Sin embargo, olvidamos que el proceso en sí, como conjunto de actos procesales, está destinado a encontrar la verdad procesal de cómo sucedieron los hechos, por lo que desde una visión moderna debe concebirse al proceso penal, como un proceso en el que las partes coadyuven a concretar su fin y para ello es necesario flexibilizar ciertos principios procesales – como el de presunción de inocencia – que en su aplicación estricta se han convertido en una barrera que crea impunidad; convirtiéndose la teoría de las cargas dinámicas probatorias en el fundamento esencial del cambio de paradigma del proceso penal. Es esta nueva visión del mismo, por ahora, en los delitos de omisión a la asistencia familiar, la que resultará útil a

la sociedad.

1.6.2. PARA QUÉ

En ese sentido, la realización del presente trabajo de investigación, generará lo siguiente:

PARA LA POBLACIÓN:

- a)** Seguridad jurídica, en sentido de que ante un proceso penal por omisión a la asistencia familiar tanto el imputado como el agraviado tendrán conocimiento sobre las reglas probatorias que implica el debate en juicio oral del presupuesto típico de la capacidad económica del imputado en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar; pues, quien es imputado sabrá que debe ofrecer prueba ante la ausencia de su capacidad.
- b)** Se garantizará el cumplimiento de la obligación, ya que al establecer las reglas procesales de actuación probatoria (carga de la prueba), se evitará sentencias condenatorias o absolutorias, que crean perjuicio al menor alimentista.
- c)** Se evitará la vulneración de las garantías y derechos que le asiste tanto a imputados como agraviados, pues si bien es cierto se busca trasladar la carga de la prueba ante ciertas situaciones, se hace en estricta observancia de la garantía de presunción de inocencia que le asiste al obligado: se respetan las garantías del imputado y se procura el bienestar del menor alimentista.
- d)** Se conseguirá un proceso penal por omisión a la asistencia familiar eficiente, justo y rápido.

PARA LO JUECES

- a) Ayudará a establecer unidad de criterio al momento de resolver un proceso de omisión a la asistencia familiar, pues sabrán con certeza cuales son las reglas procesales de la carga de la prueba que se deben seguir las partes en el proceso penal por omisión a la asistencia familiar.
- b) Guiará a los jueces, en la forma de cómo se debe llevar un proceso de omisión a la asistencia familiar, de esta manera sabrán que hacer y exigir a las partes procesales, desde el momento en que se incoa el proceso hasta la fase en que se ejecuta (cuando se piden revocatorias por ejemplo).
- c) Evitará nulidades de los actuados judiciales por violaciones a las garantías y derechos de los imputados, o del menor alimentista

PARA LOS FISCALES:

- a) Guiará a los fiscales sobre la manera correcta en que deben formular el requerimiento de incoación a proceso inmediato por la comisión del delito de omisión a la asistencia familiar, y en consecuencia el respectivo requerimiento acusatorio.
- b) Guiará a la fiscales sobre el objeto de prueba en el proceso penal por delitos de omisión a la asistencia familiar, de esa manera sabrán qué acreditar y cómo acreditarlo, por corresponderle la carga de la prueba en principio, pero también sabrán cuando es que esa carga le corresponde al imputado.

PARA LA COMUNIDAD JURÍDICA EN GENERAL:

- a) Ofrecerá una nueva visión del proceso penal por omisión a la asistencia familiar, pues informará sobre la posibilidad de poder flexibilizar principios del proceso penal, aplicando una teoría (las dinámicas

probatorias) que busca una solución eficiente y justa, en respeto de la garantías y derechos de las partes procesales.

- b) Ordenará el proceso penal por omisión a la asistencia familiar, por lo que la presente investigación se convertirá en una especie ayuda útil a la comunidad jurídica nacional.

1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación está estructurada en cuanto a su marco teórico en tres capítulos. En el primer capítulo denominado “la omisión a la asistencia familiar y su tratamiento procesal en el Perú”, en donde tratamos del contenido del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, en cuanto a su definición, el bien jurídicos, los elementos del tipo objetivo, entre ellos el de la capacidad económica del imputado; y del procedimiento que se sigue cuando se tramita en el proceso inmediato

En el segundo capítulo, denominado “la garantía de la presunción de inocencia y la carga de la prueba en el proceso penal peruano” estudiaremos el contenido del principio de presunción de inocencia y la influencia que tiene en la carga de la prueba del proceso penal peruano, en donde se obtuvo como resultado que es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba: para ello se abordaron temas tales como el contexto histórico de la presunción de inocencia, su contenido, su dimensión, sus fundamentos, entre otros.

Por otro lado, en el tercer capítulo titulado “la teoría de las cargas dinámicas probatorias y la capacidad económica del imputado en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar”, por un lado abordamos la teoría de las cargas dinámicas probatorias, sobre su contenido y la forma en que podría aplicarse al proceso penal; y por otro lado, de manera más concreta la aplicación de dicha teoría

en el proceso penal peruano en el que se tramita la omisión a la asistencia familiar: en el cual además de la aplicación de las cargas dinámicas probatorias se establecen algunas otras reglas a efectos de poder trasladar el onus probandi al imputado para que éste tenga que probar la ausencia de su capacidad económica para cumplir con la obligación.

Finalmente en el tercer capítulo también abordamos un caso emitido por la Sala Penal de Apelaciones de Tumbes, en el cual analizamos lo resuelto y sugerimos la forma en que puso resolverse sin declarar la absolución del imputado,

1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS

Se trata de una investigación científica, que por su naturaleza es descriptiva aplicando como método, por un lado el descriptivo porque se ubica en la fase preparatoria de la investigación, la cual ayuda a ordenar el resultado de la misma así como sus características, entre otros elementos (De Canales citado por Aranzamendi, 2010); y por otro lado, el método dogmático funcional, puesto que se partió de conceptos jurídicos, instituciones jurídicas y lo circundante a la norma jurídica y al problema que se ha planteado; y para ello se ha recurrido a la doctrina y a la jurisprudencia del derecho comparado. (Ramos, 2002).

Específicamente, dentro de la investigación jurídica, el diseño de investigación al cual nos hemos subsumido es el DESCRIPTIVO-PROPOSITIVO debido a que por un lado, es descriptivo porque tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho y por otro lado, es propositivo porque se tiende a dar una propuesta teórica para mejorar el sistema jurídico, esto es, a proponer criterios que coadyuven a un proceso penal por omisión a la asistencia familiar justa y garante (Aranzamendi, 2013, p. 79).

Respecto de los otros diseños también se ha utilizado el histórico – jurídico; ya que hemos analizado instituciones jurídicas; el jurídico evaluativo ya que pretendemos dar una apreciación sobre el hecho investigado; jurídico comparativo porque el análisis de lo planteado se hará también del estudio del derecho comparado.

Para el desarrollo de la presente investigación se ha revisado jurisprudencia a fines con el tema las cargas dinámicas probatorias aplicadas al proceso, trabajos de investigación a fines con el tema que se desarrolla, y doctrina que explican el marco teórico del presente trabajo y que a su vez sirven como sustento de nuestro aporte.

1.9. BREVE REFERENCIA A LA BIBLIOGRAFIA

Es importante mencionar que fue necesario emplear libros físicos obtenidos en las bibliotecas de las siguientes universidades: Universidad Nacional del Santa, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Privada San Pedro, Universidad Privada César Vallejo; en instituciones **como** la biblioteca El Centenario y además libros y artículos virtuales disponibles en la web gracias a la tecnología, en beneficio económico del estudiante y del conocimiento jurídico. La información virtual fue obtenida en portales confiables.

II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I:

LA OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR Y SU TRÁMITE PROCESAL EN EL PERÚ

1.1. DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

1.1.1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Ante el incumplimiento del pago de una pensión de alimentos, la ley ofrece una serie de alternativas entre las cuales figuran los procedimientos extrajudiciales, como la conciliación, en ellas, las partes pueden acordar un monto de pensión alimenticia.

Si la conciliación fracasa, o si alguna de las partes no desea asistir, el recurso a usar debe ser la demanda por pensión de alimentos, el cual implica un proceso civil, generalmente sumarísimo, en la que se determinará el monto mensual a pagar así como el adeudo que el demandado tiene para con su hijo (representado por la madre).

Sin embargo, luego de una sentencia judicial en materia civil, el obligado puede negarse a pagar, por lo que se ha dado por fracasado el intento de solucionar este incumplimiento por la vía civil.

Es en ese momento, que el ius puniendi del Estado debe intervenir, sancionando penalmente el incumplimiento malintencionado del obligado. En ese sentido, el delito de omisión a la asistencia familiar es, a nuestro parecer, la negativa del obligado (padre o madre) a pagar lo señalado por sentencia judicial firme, con el ánimo malintencionado de limitar a su hijo(a) los recursos económicos necesarios para cubrir sus necesidades básicas como alimentos, ropa, techo, educación, recreación, etc.

Es así que el legislador nacional sanciona en el artículo 149° del código penal, sanciona con una pena privativa de libertad no mayor de tres años al que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial

En este sentido, Salas define al delito de omisión a la asistencia familiar como: “un delito doloso de omisión propia, que el agente perpetra con conocimiento de los elementos que realiza, no admitiéndose, por tanto, perpetración a título de culpa”.

(Salas, 2016, pág. 10)

1.1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para Salas el bien jurídico protegido en el delito de omisión a la asistencia familiar es la prestación de atención al sostenimiento de la prole; y no guarda, según su parecer, relación directa ni indirecta con la seguridad ciudadana. (Salas, 2016, pág. 10)

De contraria opinión, el Exp. N° 2043-97 señala que el delito de omisión de asistencia familiar pretende proteger el adecuado desarrollo físico y mental de los familiares dependientes del obligado mediante un reforzamiento penal de las obligaciones jurídicas y económicas impuestas al jefe de familia por las normas de derecho civil.

Sin embargo nosotros, preferimos asumir ésta última la posición, que es la que ha asumido la Corte Suprema de Justicia de la República, en su acuerdo plenario 002-2016-CIJ-116, en el cual ha establecido que: “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 el Código Penal distingue, de acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material, entre los delitos de lesión y delitos de peligro. Es así, que los delitos de

lesión presuponen un perjuicio en el objeto material protegido, mientras que los delitos de peligro es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción. (Heinrich, 2014)

Heinrich (2014), citando a jurisprudencia alemana, señala que el peligro es:

Una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado, de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes aparece como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad del mismo (pág. 389).

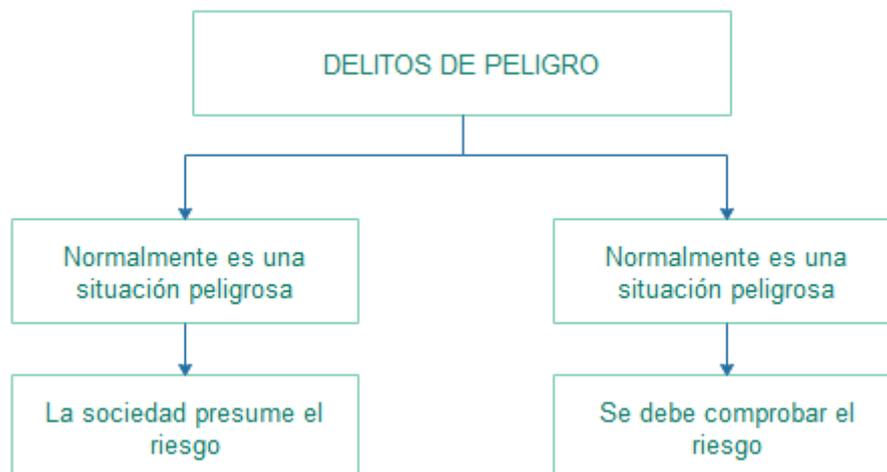
Sin embargo, dentro de los delitos de peligro existen los delitos de peligro abstracto y peligro concreto. Son delitos de peligro abstracto, aquellos que tienen su fundamento de reprochabilidad en la peligrosidad que esa conducta generalmente implica. Estos delitos no implican un peligro en particular, sino que estadísticamente su comisión está relacionada a la producción de una consecuencia lesiva.

En otras palabras, los delitos de peligro abstractos, más que un peligro en sí, es una conducta que la sociedad prohíbe por ser peligrosa. En respeto al principio de legalidad, la sociedad debe establecer que conductas son reprochables en base a su peligrosidad.

Por su parte, los delitos de peligro concreto no son situaciones conocidas por la sociedad como peligrosas, sino que constituyen concretamente una situación peligrosa, razón por la cual, **la existencia del peligro** debe ser probada ante el juez.

Es así, que Heinrich (2014) señala que:

Según ello, los indicios de la peligrosidad (de los delitos de peligro abstracto) están fijados en la Ley misma mientras que en los delitos de peligro concreto el advenimiento éste como elemento del tipo debe ser comprobado por el juez (pág. 390).



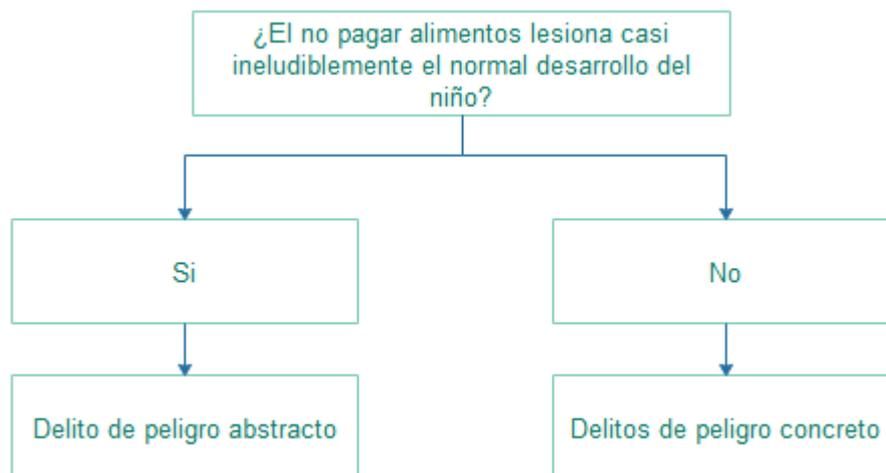
Es así, que para determinar si el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de peligro abstracto o, por el contrario, un delito de peligro concreto, debemos preguntarnos:

- ¿Qué cuida el delito de omisión a la asistencia familiar?
- ¿El no pagar la pensión de alimentos es un riesgo que la sociedad valora como casi probable, al punto de presumir el riesgo

Es en este punto, ya se ha respondido en el subcapítulo anterior respecto del bien jurídico protegido en este delito. Observamos como Salas considera que es la prestación aquello que se protege, sin embargo, no se puede proteger una prestación, porque la prestación protege a su vez un valor más importante, como el desarrollo del niño.

De este modo, el delito de omisión a la asistencia familiar es un medio de protección y por tanto no puede proteger la prestación porque esta es también un medio, aceptar tal postura sería señalar que el medio protege el medio, postulado de por si incoherente.

Por lo tanto – como ya se ha dicho – preferimos aceptar la postura del desarrollo integral del niño, y la seguridad de los integrantes familiares, como objeto de protección de la norma penal. Ahora, cabe preguntarnos: ¿El no pagar una pensión de alimentos lesiona el normal desarrollo del niño? La respuesta a ello determinará la naturaleza del delito de omisión a la asistencia familiar.



Como señalamos, la respuesta a la citada pregunta significará la diferencia entre su configuración como delito de peligro abstracto o delito de peligro concreto. En ese sentido, nuestro parecer es que el incumplimiento de la obligación alimenticia no afecta el desarrollo del niño.

Tal proposición puede resultar alarmante, toda vez que el niño necesita de comida, techo, abrigo, educación y otros cuidados que se consiguen con dinero. Pero la ausencia de dinero no significará que el niño carezca de esos cuidados, pues sabemos por máximas de la experiencia que en la mayoría de los casos la madre (o

padre) al cuidado del niño hallará la manera de conseguir esos recursos, aun cuando su situación económica –eso no podemos negarlo- se vea gravemente afectada.

Es así, que quien esté a cargo del niño y no cuenta con los recursos, suele conseguir un trabajo adicional, o cuenta con el apoyo de sus padres, claro está que eso no justifica en nada la conducta del omisor, pero en este punto lo que estamos cuestionando es la certeza del daño en el delito de omisión a la asistencia familiar.

Habrán casos, muy pocos, en los que la situación económica de la madre sea tan grave que el incumplimiento del obligado respecto de su obligación alimentaria afecte concretamente al desarrollo del niño, esos pocos casos en los que la madre no logró conseguir el dinero para cubrir las necesidades básicas del niño. Sin embargo, estos casos son tan reducidos, que no podemos hablar de un riesgo cuya certeza se pueda “presumir” por la sociedad.

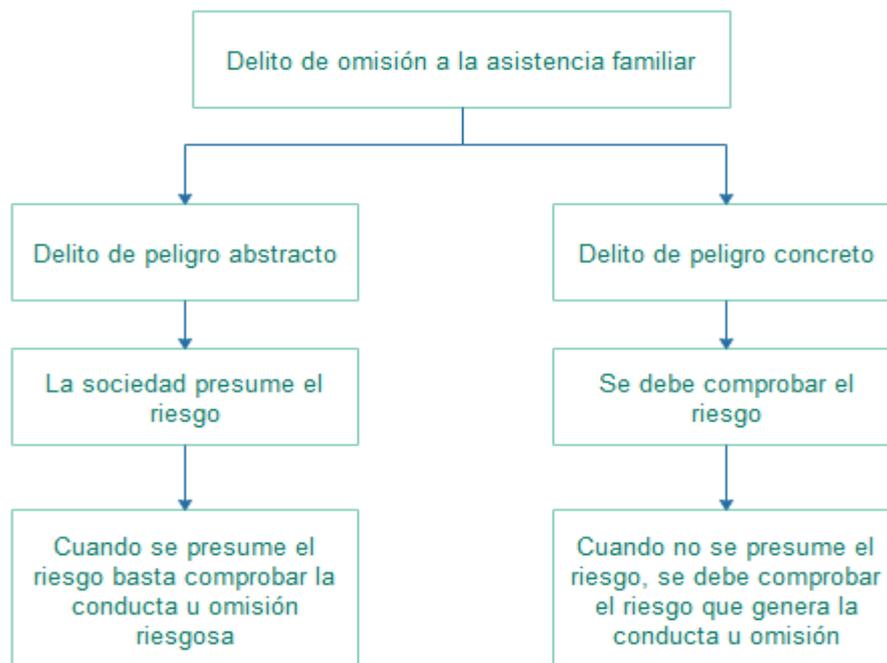
Siendo este el caso, el delito de omisión a la asistencia familiar –bajo el supuesto de que el riesgo no sea tal que pueda presumirse por la sociedad- no configuraría como un delito de peligro abstracto, siendo por tanto, un delito de peligro concreto.

Ello es más visible de ver si limitamos nuestro objeto de análisis al pago de pensiones devengadas, lo que, dicho sea de paso es el monto más complicado de pagar para el obligado y el que ha sido causante de la mayoría de imputaciones y condenas por el delito de omisión a la asistencia familiar.

Si el pago de pensión alimenticia es un dinero cuyo fin es el desarrollo del niño, el pago de pensiones devengadas es un dinero cuyo fin **fue** el desarrollo del niño, teniendo por tanto, sus efectos (sean cual sean estos) un origen en el pasado **y no en el futuro**. Si los efectos del incumplimiento del pago de las pensiones devengadas

las encontramos en el pasado y no en el futuro, no puede configurar, por definición, un delito de peligro.

Ahora, ¿Cuál es la implicancia de esta cuestión? si el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito de peligro concreto y por tanto, no es un delito de peligro abstracto, pierde el carácter “presumible” de su naturaleza.



Como vemos, los efectos de dicha cuestión tienen gran influencia en la comprobación de los elementos del tipo penal, en los delitos de peligro abstracto basta comprobar la conducta u omisión peligrosa, toda vez que la sociedad ya presume el riesgo.

Por su parte, en los delitos de peligro concreto no basta con comprobar la conducta u omisión, sino que es necesario demostrar cómo esta implica un riesgo directo para el bien jurídico protegido.

1.1.3. ¿DELITO CONTINUADO, PERMANENTE O INSTANTÁNEO?

Es importante distinguir entre el delito continuado, permanente e instantáneo. El delito continuado está conformado por una serie de actos llevados a cabo por el autor, que tienen una misma resolución criminal y son idénticamente vulneratorios.

En tal sentido, este tipo de delitos se caracterizan por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones parciales de un solo delito (Velásquez, 2003). A modo de ejemplo, se dará cuando una persona roba todos los días una pequeña cantidad de dinero, dentro de su centro de trabajo.

El delito instantáneo, parafraseando a Hurtado (2005), es aquel cuyos efectos vulneratorios terminan con la configuración del delito, así, se señala que en el delito instantáneo la acción coincide con la consumación. Claro ejemplo de estas clase de delitos, lo configuran el delito de homicidio, cuando con el disparo del arma, se consigue matar a quien el sujeto activo se ha propuesto.

El delito permanente, por el contrario, es aquel cuyos efectos vulneratorios continúan después de la consumación del delito (Peña, 1994). En el presente caso, el delito de omisión a la asistencia familiar, reviste del carácter permanente, ya que la consumación se va a producir en el preciso instante que el agente omite incumplir la obligación, y dicha lesión producida al bien jurídico continuará durante todo el tiempo que esté incumpliendo con el pago de las pensiones, hasta que se haya practicado la liquidación de pensiones devengadas con el previo requerimiento de pago. Así lo ha establecido la Corte Suprema en el recurso de nulidad N°1372-2018-Callao, en cuyo fundamento sexto ha establecido que:

Para los efectos de prescripción (...) se debe tomar en cuenta que se trata de un delito de comisión instantánea pero de efectos permanentes; para ello, conforme se verifica de los actuados que el delito (...) se consumó cuando éste tomó conocimiento de la resolución por la cual se le requiere el pago de las pensiones devengadas, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público.

1.1.4. DELITO DE OMISIÓN PROPIA: PRESUPUESTOS TÍPICOS OBJETIVOS

a. Delitos de omisión en general y su estructura

Huerta (1987) señala que la omisión no es un concepto que deba identificarse con la quietud o la inactividad, de este modo, señala, la omisión no es un “hacer nada”. En ese sentido, señala que omitir es un verbo transitivo, que implica omitir hacer algo.

En consecuencia, la omisión (entendida como no hacer-algo) requiere de un elemento de referencia (aquello que no se hace), sin el cual no puede ser aprehendido, en palabras de Huerta (1987): “una referencia a una determinada acción cuya realización no se emprende” (p. 281).

Ya tradicionalmente Kaufmann señalaba que la omisión es una negación referida a una acción, con la cual se presenta invariablemente relacionada.

Soria (2009) señala que existen 2 tipos de delitos de omisión: a) de omisión propia y b) de omisión impropia. Es así, que las omisiones propias son aquellas que exigen únicamente la no realización de una acción exigida por la ley, mientras que las omisiones impropias se configuran a partir de una exigencia de acción de un tipo penal imperativo que imponer a un círculo de garantes, el deber de evitar el resultado.

a.1. Situación típica

La situación típica es el contexto bajo el cual el sujeto está obligado a actuar.

La situación típica determina el contenido del deber de intervenir, por ello, Soria (2009) señala que el tipo omisivo es siempre circunstanciado; es decir, depende de las circunstancias o contexto.

Heinrich (2014) señala que la situación típica generadora del deber de actuar se refiere a aquella circunstancia que permite determinar el deber de actuar que debe observar la persona.

La situación típica es aquella situación típica jurídicamente a partir de la cual se podrá determinar la acción que corresponderá verificar para saber si la conducta omitida encuadra o no en la fórmula típica.

a.2. Conducta distinta a la debida

La omisión, como señalamos, no consiste en la quietud, sino en la no realización de una conducta. Es por ello, que el principal elemento de la omisión es la realización de una conducta distinta a la debida.

La “conducta distinta a la debida” implica no hacer lo exigido por ley, pudiendo el sujeto activo hacer algo distinto, no hacer nada, o ir a dormir, es irrelevante si su conducta distinta se realiza a través de un actuar o a través de una inactividad, lo relevante es que no realizó la conducta que le era exigida.

Por su parte, Soria (2009) señala que este elemento consiste en la inacción del sujeto frente al deber, que puede concretarse mediante la pasividad absoluta, o bien a través de una actividad distinta a la ordenada.

a.3. Capacidad de acción

La capacidad de acción es la posibilidad que tiene el sujeto activo de realizar la conducta exigida. Respecto de esto, existe polémica en cuanto a cuál es la base bajo la cual se debe evaluar, que debemos entender la capacidad de acción; siendo la teoría casi unánime, la que señala que aquella base es la del hombre promedio, tanto en el aspecto físico como mental.

Johannes (1980) señala que la omisión punible se verifica “si existe la posibilidad física real de evitar el resultado”. Es así, que el citado autor señala que sólo se exige jurídicamente lo que al destinatario de la norma es posible física y realmente en la situación de peligro. Lo que es objetivamente imposible, no se puede conceptualmente omitir.

En ese sentido, es conveniente mostrar lo publicado por el estudio jurídico Sousa y Nakasaki en un artículo publicado en internet, titulado posible de la voluntad, o en todo caso, que esté en condiciones de representársela de tener cuidado. Análisis Dogmático Jurídico del Delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria:

Este elemento es de vital importancia para la configuración de la omisión punible, desde ya se señala como poco (por no decir no ubicado) buscado al resolver los cuantiosos casos judiciales que presentan; así que como contribución y siguiendo a Jescheck, a continuación se consigna el método adecuado para lograr la verificación del elemento típico comentado.

En primer lugar el omitente debe conocer la situación típica, es decir, el ámbito situacional en que se da el peligro de un bien jurídico y se

genera el deber de acto; en segundo lugar deben concurrir los llamados presupuestos externos, proximidad al lugar donde se desarrolla la situación típica, medios de auxilio necesarios; en tercer lugar deben concurrir las fuerzas propias, fuerza física, conocimiento técnicos, facultades intelectuales; y en cuarto lugar, que el omitente se represente mentalmente la acción exigida como meta. (pág. 4)

b. Prepuesto I: Mandato judicial

El delito de omisión de asistencia familiar consiste en la desobediencia al mandato del juez de pagar una suma de dinero por concepto de pensión alimenticia. Es así, que el primer requisito para que se cumpla este delito es la existencia de un mandato judicial que obligue al imputado a pagar dicha suma (Peña, 1994).

Cabe señalar que el artículo 368 del Código Penal sanciona a quien desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones. En ese sentido, la omisión a pagar la suma exigida por el juez por concepto de pensión de alimentos, bien podría enmarcarse en este citado delito.

Sin embargo, cuestiones de política criminal señalan que es preferible tipificar este delito en un tipo penal propio, como es el delito de omisión a la asistencia familiar. Por ello, el principio de especialidad opera ante estos hechos, de tal modo que sea el delito de omisión a la asistencia familiar y no el de desobediencia a la autoridad el que configure (Prado, 2017).

Sin embargo, podemos encontrar características y conceptos comunes entre uno y otro delito. Es por ello, que al igual que el delito de desobediencia a la

autoridad, la orden exigida por el juez debe ser clara, precisa y debe ser debidamente informada (notificada) al sujeto.

De este modo, la orden debe indicar si la obligación consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer, siendo el caso de la pensión de alimentos una obligación de dar. Debe además indicar cuál es el monto que debe entregarse, por ello, no basta que el juez señale el monto que es necesario pagar, sino que el perito contable determine con exactitud el monto que se debe pagar y este sea informado al sujeto.

Además, se debe indicar cuál es el plazo máximo en el que el sujeto debe pagar la suma exigida por el juez. En el caso de la legislación peruana, el plazo es de 5 días, y en otros casos, serán 3 días; luego de lo cual se configura el delito de omisión de asistencia familiar.

Salas (2016) critica el monto a pagar por el obligado señalando que este se determina en base a las necesidades del hijo y a las posibilidades del obligado, especialmente a las –otras- obligaciones del obligado. En ese sentido, señala, la pensión alimenticia establecida para el obligado se fija sin una investigación rigurosa sobre las condiciones económicas del obligado, y acaso, por aproximación o estimación sobre las posibilidades económicas del alimentante.

En ese sentido, el citado autor señala que en consonancia con el principio de prohibición de la responsabilidad objetiva y la presunción de inocencia, no se puede asumir que la sentencia civil es ya un “título ejecutivo” para una condena penal.

Es así, que Salas (2016) señala:

En consonancia con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal relativo a la responsabilidad penal del autor, en cuya segunda parte señala que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; y al cobijo de la presunción constitucional de inocencia, se concluye que la resolución que aprueba la liquidación de pensiones devengadas emitida en una causa civil o la que requiere el pago de estas, no puede ser considerada inequívoca (absoluta) y de observación ciega para fundar una condena.

Ese mandato civil no es de forma alguna, un título ejecutivo de condena penal; puesto que la responsabilidad penal no se supone o se presume y, por tanto, no es prescindible la razonable actividad probatoria, en particular para deducir válidamente la configuración del dolo. (p.10)

c. Presupuesto II: Capacidad económica del obligado

Como señalamos anteriormente, para que se pueda imputar al sujeto un delito de omisión, este debe tener la capacidad de actuar de acuerdo a lo exigido por la ley, esta es la llamada capacidad de acción (Nakazaki, 2017).

En ese sentido, si la exigencia de la sentencia judicial le exige al imputado pagar una suma de dinero, para que se configure el delito de omisión el imputado debe estar en la capacidad de poder pagar esa suma, caso contrario, no debería configurarse el delito de omisión. De este modo, como afirma Mendoza (2017), para exigirse el cumplimiento de la obligación, ésta debe estar referida a la real capacidad del sujeto activo para cumplir con la obligación de alimentos.

Por su parte los tesisistas estamos convencidos que esta real capacidad del sujeto activo o también llamada capacidad económica puede ser de cualquier tipo, que pueden estar íntimamente relacionados a condiciones físicas o laborales, siempre que ayude a mantener o incrementar su patrimonio a efectos de que pueda cumplir con la obligación de alimentos; siendo que esta capacidad económica está íntimamente relacionada al tipo subjetivo del dolo.

Es así que el acuerdo plenario 2-2016 señala que la sentencia y el incumplimiento del pago no son los únicos elementos suficientes para determinar la imposición de una sentencia condenatoria. En ese sentido, el citado acuerdo señala:

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”; 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 omite la conducta debida pudiendo hacerlo-, 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. (f. 15) d. Presupuesto III: la omisión alimentaria contraria al mandato

Por último, para la configuración del delito de omisión a la asistencia familiar debe existir el elemento (valga la redundancia) de la omisión alimentaria contraria al mandato judicial. Como señalamos, la omisión es toda conducta distinta a lo exigido por la ley.

1.1.5. TIPO SUBJETIVO: CONDUCTA OMISIVA DOLOSA

Respecto al tipo subjetivo en los delitos omisivos se cuestiona si estos tienen la misma estructura que los delitos dolosos activos, toda vez que es complicado determinar el momento en que el sujeto activo toma la decisión de cometer el ilícito (omisivo).

En ese sentido, existen distintas posturas:

- a) Suponer la inexistencia de dolo en la omisión.
- b) Conformarse con el reconocer y soslayar el querer.
- c) Reemplazar el dolo por un no querer realizar la conducta debida.

En ese sentido, Soria (2009) señala que en la omisión siempre se notará la realización de una conducta distinta a la debida, conducta que puede ser incluso el mero hecho de mantenerse inactivo.

Señala el citado autor que:

Esta realidad, propia de la perspectiva del aliud agere de Luden, es un instrumento de suma utilidad para el análisis del dolo, pues permite colegir con mayor facilidad el instante relevante de la omisión típica, junto con los elementos de su faz subjetiva (dolo), que en definitiva no

distan, en lo sustancial, de aquellos correspondientes a los tipos comisivos. (pág. 79)

La expresión “Aliud agere” significa “otro hacer” o “hacer diferencia” de este modo, la doctrina “aliud agere” significa que en la omisión, lo que se castiga es el hacer distinto al debido, posición expuesta por primera vez por Luden en el siglo XIX:

Por ello, para que se le pueda imputar el elemento doloso al actuar omisivo, es necesario que el sujeto conozca la situación típica y las circunstancias que generan el deber de actuar, del mismo modo, el sujeto debe representarse mentalmente la conducta debida. En el caso de los delitos de resultado, además de ello, el sujeto debe representarse que con la conducta debida se evitará el resultado típico.

Ahora bien, si el aliud agere es el “hacer algo distinto”, el dolo omisivo es posible de ser directo o eventual, pero necesariamente debe ser doloso. Soria, citando a Zaffaroni (2009), señala:

(...) también se requiere en el dolo en la estructura omisiva la aprobación o ratificación del resultado eventual, pero como mínimo de dolo (dolo eventual), mas no cuando existe la finalidad directa de que el resultado se produzca. Al igual que en la estructura activa, cuando se realiza la conducta para que el resultado se produzca, habrá dolo directo; cuando se la lleva a cabo a costa de la producción del resultado, habrá dolo eventual. Ambas formas de dolo por diferencias en su aspecto conativo también son posibles en la estructura típica omisiva. (pág. 80)

Sin embargo, una teoría cognitiva del dolo no acepta la posibilidad de una omisión por dolo eventual, limitando su incidencia únicamente al dolo directo. (Ragues, 1999)

Ello tiene mucha relevancia para el análisis del delito de omisión a la asistencia familiar, toda vez que apunta a los hechos que hizo el autor tanto para no pagar, como para no tener la posibilidad de pagar.

Es así, que bajo la postura de que la omisión solo puede realizarse por dolo directo y no por dolo eventual, no sería punible quien, para evitar una que Sunat, un banco u otro acreedor le cobren una deuda, dona su dinero o sus propiedades (tal figura puede darse cuando el deudor simula una donación). El ejemplo descrito es un caso en el que el sujeto activo no podrá cumplir con su obligación debido a que él mismo se puso en la imposibilidad, pero no con la intención **de** incumplir, sino con una intención distinta que le dificultó cumplir su obligación.

A su vez, este dolo está íntimamente ligado con los aspectos objetivos requeridos por el tipo penal, pues, según Villegas y Rojas (2012), el dolo presupone el conocimiento respecto de todos los elementos objetivos del tipo, tales como de la obligación alimentaria impuesta por resolución judicial, del monto impuesto en la resolución judicial, de su capacidad para omitir con dicha obligación y finalmente, de que está omitiendo con cumplir dicha obligación.

1.1.6. SUJETOS

Aunque el delito de omisión de asistencia familiar se configura generalmente entre el padre y el hijo, es importante señalar que el artículo 474 del Código Civil señala:

Artículo 474°.- Se deben alimentos recíprocamente:

- 1.- Los cónyuges.
- 2.- Los ascendientes y descendientes.
- 3.- Los hermanos

En ese sentido el agente del delito es la persona obligada a prestar alimentos. Del mismo modo, el sujeto pasivo del delito debe encontrarse también en dicho artículo. En el caso mayormente estudiado, el sujeto activo es el padre, mientras que el sujeto pasivo del delito es el hijo (y no la madre demandante, toda vez que ella demanda en representación del hijo).

1.1.7. PENA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal establece 4 supuestos en el artículo 149 referido a la omisión de prestación de alimentos: a) el obligado que no cumple con lo exigido en una resolución judicial b) quien simula con otra persona una obligación de alimentos para reducir el monto exigido por mandato judicial c) quien con el objeto de no pagar renuncia a su trabajo y d) cuando resulta lesión grave que pudo ser prevista.

Es así, que para quien incumple la obligación exigida en una resolución judicial, la pena será de pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.

Por su parte, para quien simula con otra persona una obligación de alimentos para reducir el monto exigido por mandato judicial la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Igual pena tendrá quien con el objeto de no pagar renuncia a su trabajo.

Por su parte, cuando resulta lesión grave que pudo ser prevista 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.

1.2. PROCESO PENAL POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

1.2.1. ANTECEDENTES

El texto original del artículo 446° del Nuevo Código Procesal Penal referido al proceso inmediato señala que el fiscal **podía** solicitar la vía del proceso inmediato, cuando: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o, b) el imputado ha confesado la comisión del delito; o, c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

El año 2015 se modificó a través de la Ley N° 30336, en consecuencia, la solicitud de proceso inmediato dejó de ser potestativo por parte del fiscal, convirtiéndose ahora en una obligación. Es así, que el artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal señala ahora que el Fiscal **debe** solicitar la incoación del proceso inmediato, **bajo responsabilidad**, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos.

Blanco (2016) señala que la justificación se remarca con la modificación y puesta en vigencia del proceso inmediato en diciembre del 2015, constituye un avance en el sistema de justicia de nuestro país.

1.2.2. PROCESO INMEDIATO

a. Naturaleza

El acuerdo plenario extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, emitido por la Corte Suprema, ha señalado que el proceso inmediato tiene su génesis en la institución del derecho adjetivo italiano, denominado *giudizio immediato*;

mediante el cual, el Ministerio Público puede solicitar directamente al juez la aplicación del juicio inmediato, siempre que el investigado haya sido preguntado sobre hechos cuyos medios de prueba son realmente evidentes (Neyra, 2015).

En ese sentido, la razón del proceso inmediato, encuentra su sustento en la denominada **simplificación procesal** con la reducción de etapas procesales en aras de una justicia rápida, la delimitación de la actuación probatoria en función a la denominada evidencia delictiva, y la necesidad de hacer efectiva la regla de economía procesal; esto es, de evitar sobre gastos de los recursos del Estado en cuanto a administración de justicia se refiere (Salas, 2016).

Estando así las cosas, el antes referido acuerdo plenario ha establecido como presupuestos materiales del proceso inmediato, la evidencia delictiva y la ausencia de complejidad o simplicidad, bajo la perspectiva del principio de proporcionalidad, **con el objeto de proteger el mínimo de garantías procesales de la partes (con mayor incidencia en el imputado), contra la simplificación procesal.**

b. Supuestos de aplicación

Existen 5 supuestos bajo los cuales el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato: a) Flagrante delito, b) Confesión del imputado, c) El delito sea evidente de acuerdo a los elementos de convicción, d) En los casos de omisión a la asistencia familiar y e) en los casos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (Salas, 2016).

Es así, que el primer supuesto señala que el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato en los casos de flagrante delito, esto incluye tanto los

casos en los que el agente es detenido antes de la consumación del delito, como cuando es detenido inmediatamente después de consumarlo, como cuando ha sido capturado durante su huida siempre que haya sido descubierto durante inmediatamente después de su consumación. También se encuentra bajo este supuesto, los casos en los que el agente es encontrado dentro de las 24 horas de consumado el hecho, cuando ha sido descubierto con efectos o instrumentos procedentes del delito o con señales de haberlo cometido.

En el segundo supuesto, el fiscal solicitará la incoación del proceso cuando el mismo imputado ha confesado la comisión del delito, siempre que este admita tanto los hechos como la imputación. Para ello, se deben regir las exigencias del artículo 160 del Nuevo Código Procesal Penal.

En el tercer supuesto, se solicitará también la incoación del proceso cuando las evidencias hagan fácilmente visible que el hecho delictivo ha sido cometido por el imputado. Para ello, el delito debe quedar en evidencia, no pudiendo aplicarse en casos de duda.

En agosto del 2015, por Decreto Legislativo N° 1194 se agregó los supuestos de omisión a la asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad a los supuestos bajo los cuales el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato.

De este modo, como se desarrollará más adelante, la Policía Nacional del Perú debe informar a la fiscalía de la comisión del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción. De igual modo, el poder judicial deberá informar al Ministerio Público de la exigencia del obligado a pagar una pensión de alimentos.

1.2.3. INTRODUCCIÓN DE LOS DELITOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR EN EL PROCESO INMEDIATO

Si bien el proceso inmediato es una medida muy conveniente, cruza o se acerca a cruzar en determinados casos principios como el derecho a la defensa y el plazo razonable, existiendo muchas dudas de su legitimidad en los delitos de omisión a la asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Es así, que autores como Salas señalan que: “La extensión a los casos de omisión a la asistencia familiar bajo tal supuesto coactando al Ministerio Público al inicio obligatorio del proceso inmediato es notoriamente errado”. (Salas, 2016, pág. 7)

a. Incoación del proceso inmediato por el delito omisión a la asistencia familiar

El fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato en los casos de omisión a la asistencia familiar. Cabe señalar que el fiscal está obligado a presentar dicha solicitud ante estos casos, no siendo algo que esté a su decisión.

Ello, lo podemos deducir de la expresión “debe” señalada en el artículo 446 del Nuevo Código Procesal Penal, tal decisión legislativa se debe a que es rara vez utilizado por los fiscales la incoación del proceso inmediato en los otros supuestos.

San Martín (2016) señala que una de las perspectivas del cambio normativo del proceso inmediato fue que dispone la obligatoriedad de este proceso especial, antes meramente facultativo para el fiscal, a fin de garantizar su aplicabilidad –la normativa anterior, disponía que el requerimiento del procedimiento inmediato fuera simplemente facultativo, aunque sujeto a requisitos legales muy precisos, de modo que, frente al juicio de admisibilidad, procedencia y fundabilidad del juicio para aprobarlo, el fiscal optó por evitar su incoación.

La razón de ello, es la abundante carga procesal que tienen, que les fuerza al Ministerio Público a demorar lo más posible los casos que tienen a su cargo, ello es posible debido a que en los demás supuestos, es relativamente ambigua la configuración de dichos supuestos.

A modo de ejemplo, el fiscal puede tener evidentes elementos de conducción que hagan fácilmente observable la comisión de un delito, sin embargo, puede (a través de su subjetividad) asumir que el hecho no es del todo evidente y por tanto, no solicitar la incoación del proceso.

Es así, que los demás procesos han demorado, en la mayoría de los casos, lo mismo que otros procesos más complejos. Sin embargo, el legislador denotó gran preocupación por los delitos de omisión a la asistencia familiar y a los delitos de conducción en estado de ebriedad, por las siguientes razones:

- Tanto los delitos de omisión a la asistencia familiar como los delitos de conducción en estado de ebriedad constituyen la mayor incidencia de delitos en el Ministerio Público. Es así, que el porcentaje que estos dos delitos ocupan juntos figura al menos el 50% de los casos llevados por la fiscalía.
- El delito de omisión a la asistencia familiar protege a la persona más recelosamente protegida por el Estado: el niño. Es así, que el Estado ha sido flexible en todo tipo de normativas a fin de proteger al niño, tanto en la vida, la salud y el bienestar. Es por ello, que el derecho a recibir una pensión de alimentos de parte de su padre o madre requiere de la máxima intervención de parte del Estado, al punto no solo de sancionar penalmente su incumplimiento (lo cual solo sucede con dos tipos de incumplimientos: alimentista y laboral), sino también de adecuar el proceso por estos delitos al más breve que existe

en el proceso penal peruano: el proceso inmediato.

- Existe un documento emitido por autoridad que acredite o al menos facilite la comprobación del delito. Es así, que en los delitos de conducción en Estado de ebriedad, existe un acta emitida por la Policía Nacional del Perú que acredita la comisión del delito, la que va acompañada de las pericias correspondientes. Ello, lo diferencia de otros delitos en los que se debe comprobar, desde el inicio, la comisión de un delito.
- Por su parte, la omisión a la asistencia familiar tiene como antecedente la orden del juez en la que exige al obligado a pagar una determinada suma de dinero, siendo que en la sentencia civil ya está determinado el nombre del obligado, el beneficiario y el monto exacto que se debe pagar. De este modo, los hechos determinados son mucho más claros en el delito de omisión a la asistencia familiar que en la mayoría de delitos.
- Ambos delitos, se señala, carecen de muchas alternativas procesales y especialmente, de dificultad en la actividad probatoria. En ese sentido, en los delitos de omisión a la asistencia familiar, existirá ya una orden emitida al obligado (demandado) de pagar determinada suma de dinero, pudiendo el imputado únicamente alegar si pagó o no dicha suma. Por tanto, se adecuó este delito al proceso inmediato, porque no existe mucha actividad que realizar para determinar la responsabilidad del imputado. (Mendoza, 2016, p. 77-78).

Así por ejemplo, el acuerdo plenario N° 002-2016 en su fundamento 7 señala:

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 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”, 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, 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 Nuevo Código Procesal Penal (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.

Cabe aquí resaltar, que nosotros no coincidimos con dicha afirmación, toda vez que la práctica judicial se ha malacostumbrado a asumir la responsabilidad del imputado, haciéndose una valoración negativa en el que el imputado deberá probar que ha pagado dicha suma.

Es así, que en caso el imputado no logre probar que pagó lo dispuesto por el juez civil, se asumirá que el imputado es responsable penalmente. **Tal conclusión, es para nosotros equivocada, toda vez que no se hace el esfuerzo por acreditar que la persona tenía la capacidad o disponibilidad de dinero para pagar la suma exigida.**

b. trámite

Como señalamos, el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato en los casos de omisión a la asistencia familiar. A diferencia de otros supuestos, para la incoación en los delitos por omisión a la asistencia familiar (o conducción en estado de ebriedad o drogadicción) no se requiere de un supuesto en particular, sino que esta se solicitará en **todos** los casos de este delito.

El fiscal entonces, deberá solicitar la incoación del proceso, para lo cual el juez de investigación preparatoria constituirá una audiencia, la que debe realizarse en un plazo no mayor a las 48 horas de recibida la solicitud.

En el requerimiento de incoación, se debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 366 de Nuevo Código Procesal Penal respecto al contenido de la disposición de formalización: a) nombre del imputado, b) hechos imputados, c) tipificación de los hechos, d) nombre del agraviado y e) diligencias que deban actuarse.

c. Decisión judicial

La audiencia en la que el juez de investigación preparatoria decide si se va a incoar el proceso se llama audiencia única de incoación del proceso inmediato. En ella, el juez evaluará si el requerimiento cumple con lo dispuesto en el artículo 366 así como si se cumple alguno de los supuestos del artículo 466 del Nuevo Código Procesal Penal, en este caso, el supuesto es el de omisión a la asistencia familiar.

En la audiencia única de incoación del proceso inmediato se podrá aplicar el principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada.

Esta audiencia requiere de gran celeridad, no solo por la naturaleza inmediata de este proceso, sino que, por lo general (en los casos de flagrancia) se ha detenido por detención preliminar al imputado, razón por la cual esta audiencia es inaplazable, tal es así, que en caso de inasistencia del abogado defensor, rige lo dispuesto en el artículo 85 del Nuevo Código Procesal Penal que señala que si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y ésta es de carácter inaplazable, será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por un defensor público, llevándose adelante la diligencia.

La decisión judicial tomada, deberá presentarse, según señala el artículo 447 del Nuevo Código Procesal Penal, en este orden:

a.1. Sobre la procedencia de la incoación del proceso inmediato

Para ello, como señalamos, el juez debe comprobar el cumplimiento tanto del artículo 366 como del artículo 466 del Nuevo Código Procesal Penal referido a los supuestos de aplicación del proceso inmediato. En el caso de los delitos de omisión a la asistencia familiar, bastará con comprobar que existe orden judicial (en vía civil) que exija el pago de una pensión y la ausencia de pruebas por parte del imputado que acrediten que hizo dicho pago.

a.2. Sobre la procedencia del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, solicitado por las partes

Es así, que el imputado tuvo la oportunidad de llegar a un acuerdo con la fiscalía, según sea la figura procesal a la que haya querido acogerse. En esta audiencia, el imputado podrá aceptar alguno de estos acuerdos.

a.3. Sobre la procedencia de la medida coercitiva requerida por el Fiscal

Sobre la medida coercitiva cabe señalar que:

- No es aplicable la prisión preventiva toda vez que la gravedad de la pena del delito de omisión a la asistencia familiar es menor a 4 años.
- Se podrá dictar comparecencia restrictiva.
- La internación preventiva no se podrá dictar, toda vez que es para personas que tienen alguna anomalía mental.
- Tampoco se podrá formular impedimento de salida, toda vez que este recurso es para delitos con penas mayores a 3 años, mientras el delito de omisión a la asistencia familiar tiene una pena no mayor a 3 años.

Por el contrario, si aplica la suspensión preventiva de derechos, regulada en los artículos del 297 al 301 del Nuevo Código Procesal Penal, dicha figura regula la suspensión de derechos relacionados con la actividad delictiva.

En ese sentido, si bien esta figura regula la suspensión del derecho a conducir o portar armas de fuego, estas limitaciones corresponden a otros delitos. Respecto al delito de omisión a la asistencia familiar, la suspensión de derechos implica principalmente la pérdida temporal de la patria potestad, con todo lo que ello implica.

A modo de ejemplo, si el padre pierde la patria potestad temporalmente, la madre podría viajar con su hijo al extranjero sin requerir la autorización del padre, toda vez que él ya no tiene, por ahora, derecho a decidir respecto a ello.

Para imponer esta medida, el artículo 297 numeral 2 del Nuevo Código Procesal Penal señala que son requisitos: i) Suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; y ii) Peligro concreto de que el imputado, en atención a las específicas modalidades y circunstancias del hecho o por sus condiciones personales, obstaculizará la averiguación de la verdad o cometerá delitos de la misma clase de aquél por el que se procede.

En caso la denuncia sea además del delito de omisión a la asistencia familiar, por el delito de violencia familiar (algo que suele ocurrir) se aplicará también la medida de Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél o la suspensión temporal de visitas.

d. Desestimación del requerimiento de incoación de proceso inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar

En caso el juez desestime el requerimiento de incoación de proceso inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar, es apelable tal resolución con efecto devolutivo. Ariano (2006) señala que la impugnación devolutiva:

Es aquella concesión que la confiere al juez el poder de reenjuiciar la controversia o la cuestión incidental ya conocida y (en principio) decidida por el primer juez y no

simplemente el poder de controlar (o sea de «revisar») la corrección la resolución apelada.
(p.34)

Frente al auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dicta la Disposición que corresponda o la formalización de la Investigación Preparatoria.

e. Del juicio inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar

En caso el juez disponga la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procede a formular acusación dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad. Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria, en el día, lo remite al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

Una vez que la incoación ha sido notificada al juez penal, este debe realizar la audiencia única de juicio inmediato en el mismo día. Sin embargo, en situaciones excepcionales puede demorar más siempre que esta no supere las 72 horas desde la recepción de la notificación, bajo responsabilidad funcional.

La audiencia única de juicio inmediato es oral, pública e inaplazable. Nuevamente, en caso de ausencia del abogado defensor rige lo establecido en el artículo 85 del Nuevo Código Procesal Penal.

Las partes son responsables de preparar y convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia.

En esta etapa se pueden apreciar muchas diferencias entre este proceso y el proceso común. En la audiencia única de juicio inmediato, el fiscal expone resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofrecerá para su admisión, si el Juez Penal determina que los defectos formales de la

acusación requieren un nuevo análisis, dispone su subsanación en la misma audiencia.

Luego de ello, las partes pueden plantear cualquiera de las cuestiones previstas en el artículo 350, esto es: a) observar defectos formales, b) deducir excepciones, c) solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada, d) pedir sobreseimiento, e) criterio de oportunidad, f) ofrecer pruebas, g) objetar reparación civil.

El auto que declara fundado el sobreseimiento o un medio técnico de defensa, es apelable con efecto devolutivo, el recurso se interpondrá y fundamentará en el mismo acto. Rige lo previsto en el artículo 410.

Señala el numeral 5 del artículo 448 del Nuevo Código Procesal Penal que el juez debe instar a las partes a realizar convenciones probatorias. Las convenciones probatorias, están reguladas en el artículo 156 del Nuevo Código Procesal Penal que regula que hechos son y que hechos no son objetos de prueba, es así, que el numeral 3 señala que Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio.

La convención es el acuerdo entre dos personas sobre determinado hecho, mientras que probatorio es aquello que sirve para probar o averiguar la verdad de algo. En ese sentido, la convención probatoria es el acuerdo de las dos partes (Ministerio Público e imputado) respecto de un hecho que, según este acuerdo, no necesita ser probado, pues es aceptado por ambas partes.

No son más que acuerdos entre fiscalía y defensa en los que se establece como demostrados unos hechos o circunstancias, sin que ello implique terminación anticipada del proceso o renuncia,

interrupción o suspensión de la acción penal o inmunidad para el sujeto agente. Las estipulaciones se realizan y tienen su razón de ser siempre que se llegue a audiencia de juicio oral. (Silva, 2005, pág. 148)

Así también, Ugaz (2014) amplía aún más el concepto de convención probatoria y señala que esta no es únicamente decidir sobre aquello que no necesita ser probado, sino también que pueden establecer que determinados hechos pueden ser probados únicamente con determinados medios de prueba.

La convención probatoria permite negociar sobre la prueba y lo las circunstancias facticas que deban probarse en juicio. Se puede establecer que determinados hechos solamente podrán ser probados con determinado medio de prueba y no con ningún otro. Asimismo, las partes tienen la facultad de decidir cuáles hechos o circunstancias de estos hechos no necesitarán ser probadas porque se las dará por acreditadas, ya que sobre ellos no hay controversia alguna. Este acuerdo está sometido a un control por el juez, éste puede apartarse del acuerdo motivando debidamente su resolución. La convención probatoria es expresión del principio dispositivo, que empieza a desplazar al inquisitivo en el proceso penal. (Ugaz, 2014, p.123)

La labor del juez para acordar convenciones probatorias es muy importante en el proceso penal, toda vez que ahorra mucho tiempo y evita la necesidad de probar circunstancias que no requiere de comprobación.

En el proceso inmediato el acuerdo de convenciones probatorias es especialmente importante, por un lado, porque el objeto del proceso inmediato es la celeridad y por tanto, las convenciones probatorias ayudarán a cumplir con dicha celeridad.

Por otro, los procesos inmediatos se caracterizan porque el hecho principal de imputación es un hecho probado o fácil de probar, en el caso de omisión a la asistencia familiar, existirá previamente una sentencia civil en contra del obligado que le exige el pago de la pensión de alimentos; lo que no quiere decir que sea suficiente para probar la comisión de dicho delito.

Algo característico del proceso inmediato es el hecho de que, tal como señala el artículo 448 numeral 6 el Juez Penal que instale el juicio no puede conocer otros hasta que culmine el ya iniciado.

CAPÍTULO II:

LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

2.1. EL ACTUAL PROCESO PENAL PERUANO

2.1.1. PROCESO

El proceso es la serie de actos por los cuales dos partes solucionan un conflicto a través del traslado de la decisión a un tercero, ya sea individual o colegiado, que tiene potestad de decidir sobre ello, o que las partes le otorgan esa potestad, de tal modo que las partes deban acatar tal decisión.

Colombo señala que el proceso es: “un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal que, normados por un procedimiento, tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada” (Colombo, 2002).

Por su parte, Muñoz, citando a Carnelutti (1950) señala que el proceso es una serie de actos que se realizan para a composición del litigio.

Palacio por su parte, señala que el proceso es:

El conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención. (Palacio, 2011, pág. 52)

2.1.2. ANTECEDENTES

Sin embargo, ¿cuáles son las características determinantes que diferencian el sistema inquisitivo del sistema acusatorio? El proceso inquisitivo, para un gran sector de la

doctrina, no era un proceso en el sentido actual del término, toda vez que no se respetaban en él los principios y garantías mínimas.

A modo de ejemplo, el juez se encargaba de perseguir el delito, a través de la realización del interrogatorio y otras facultades, lo que motivaba la afectación de los derechos del imputado.

Si bien en el momento de la instauración del sistema inquisitivo, este método era necesario a fin de determinar los lineamientos de la persecución del delito, las cada vez mayores exigencias procesales en pro de respetar los derechos de todos los ciudadanos (y en este caso del acusado) ya no hacen factible la aplicación de este método.

Otro argumento que se ha planteado en contra del sistema inquisitivo es que un mismo órgano (juez) cumple las funciones de instrucción, de acusación, de resolución y de ejecución de la sentencia.

Por ello, se señala que el juez está parcializado, lo que limita las posibilidades de defensa del reo.

El juez tiene un derecho incondicionado a perseguir a un presunto responsable sin necesidad de acusación alguna contra él y, además no existe la obligación de informar al imputado de cuál es la acusación que se le imputa. No existe, por último, una bilateralidad equilibrada entre partes enfrentadas en condiciones -al menos formales- de igualdad. (Gelsi, citado por Peña, 1994, p.45)

Por su parte, en el sistema acusatorio, el juez no tiene todas aquellas facultades de persecución, acusación sino de resolución.

En ese sentido, el juez deberá ser imparcial, toda vez que no está realizando funciones opuestas a la defensa del imputado (como si se daba en sistema inquisitivo).

Bellido (1996) señala dentro del sistema acusatorio se entiende aquello que incide en la acción penal (hechos y acusado) respecto de su ejercicio, la imparcialidad judicial y una cierta vinculación del órgano jurisdiccional. Supone, además, a un conjunto de sujetos imprescindibles (juez, acusador, y acusado) y un orden correlativo de actuación (acusador-acusado-juez). (Pérez, 2014).

Pérez (2014), por su parte, señala que lo característico del sistema inquisitivo es su carácter oral y público, así, el citado autor señala: “Como contrapuesto al sistema inquisitivo -escrito y secreto- goza de las características de oralidad y publicidad. Implica una especialización en el cumplimiento de actividades fundamentales en el proceso (acusación, defensa y fallo) y da mayores garantías para el afianzamiento de los derechos humanos” (p.55)

Así, con el objeto de evitar que el juez proceda de oficio, el Nuevo Código Procesal Penal señala que debe haber un sujeto (distinto al juez) que acuse, no permitiendo que sea el Órgano Jurisdiccional quien acuse.

A fin de asegurar la imparcialidad y que el juez no proceda de oficio, este sistema exige: uno o varios acusadores que reclamen la apertura del juicio y la actividad jurisdiccional, con independencia de que la noticia criminis que motivó el auto de incoación de sumario llegara al juez por su conocimiento privado o por otro medio; uno o varios acusados concretos frente o contra los cuales la actividad procesal o el juicio se solicita; unos hechos determinados dentro de los que ha de mantenerse el tribunal al ejercer sus poderes y deberes jurisdiccionales, ya que si extiende su acción

fuera de tales hechos vendría a proceder de oficio, y, por último, un tribunal enjuiciador -que dicta sentencia- distinto del que investigó los hechos y pronunció con anterioridad el juicio de acusación.

Aráuz, citado por Hurtado (2005), señala que el principio acusatorio existe que se promueva y sostenga por una parte distinta al juez, una acusación o pretensión punitiva para que pueda abrir el juicio penal y, en su caso, pueda condenarse al reo.

Por su parte, Maier (1989) señala:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir. El principio fundamental que da nombre al sistema acusatorio se afirma en la exigencia de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo o acusación. (pág. 207)

Es importante señalar la diferencia entre el sistema acusatorio y el principio acusatorio, toda vez que es usual que dichos términos sean confundidos.

En efecto, el sistema acusatorio tiene como contenido el principio acusatorio, sin embargo, no todo sistema que contenga el principio acusatorio implica un sistema acusatorio.

2.1.3. ¿UN PROCESO GARANTISTA Y ACUSATORIO DE TENDENCIA ADVERSARIAL?

Dos modelos son los más predominantes en el proceso penal, el modelo inquisitivo y el acusatorio, en donde el primero predominó en los siglos pasados, mientras que el modelo acusatorio se ha posicionado recién el último siglo, aunque su predominio en la actualidad es casi absoluto.

Aun así, podemos encontrar en los modelos procesales tanto de este país como en la legislación comparada, rasgos del sistema inquisitivo, por lo que no existe un modelo que es aplicado de forma pura en un Estado.

Es así, que Vásquez (2014) señala que:

Ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar alguno de aquellos dos primeros paradigmas procesales en estado “químicamente puro”. A ello el autor señala que ambos modelos encarnan y representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, pues expresan una determinada escala de valores vigente en una sociedad, en un momento o en un lapso histórico determinado.
(p.187)

2.1.4. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

El poder punitivo del Estado es la potestad exclusiva que tiene el Estado de sancionar ante determinadas conductas que han sido previamente prohibidas. Dicho poder, como señalamos, es exclusivo del Estado, toda vez que si son ejercidos por una persona o entidad distinta estarían incurriendo en un delito.

Es así, que la sociedad le otorga al Estado el monopolio del poder punitivo, cediéndole a este el rol de determinar que conductas son prohibidas y la forma y deber de sancionarlas.

Para Bustos, el ius puniendo es la potestad de declarar punibles determinados hechos.

Es así, que para el citado autor:

Al derecho penal subjetivo o ius puniendi lo podemos definir como la potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella. (Bustos, 1986, pág. 20)

Para Mir Puig (1996) el ius puniendi, o derecho penal subjetivo, es el derecho correspondiente al Estado, a crear y aplicar el Derecho penal objetivo.

En ese sentido, López (2003) señala:

Cierto es que la función penal estatal, debe ejercerse cumpliendo parámetros constitucionales y sujetarse a los principios que limitan y legitiman su ejercicio. Este ejercicio racional del poder punitivo es una exigencia básica, que debe ser atendida por todo Estado democrático y de derecho; pues, solo así la función del control penal se sustentaría en bases de legitimidad. (p.45)

Como es de verse, López señala que el ius puniendo abarca la facultad que tiene el Estado de criminalizar, de decidir y poner las sanciones penales y de ejecutar las sanciones impuestas. De este modo, el Estado además del poder para criminalizar en forma primaria y secundaria, también monopoliza dicha función en nuestro propio sistema.

2.1.5. EL FIN DEL PROCESO: ¿HALLAR LA VERDAD?

Una cuestión importante en del desarrollo del proceso penal es ¿Cuál es su fin?, lo primero que respondemos a ello es: hallar la verdad. Sin embargo, numerosos argumentos ponen en duda tal opinión.

Es así como Muñoz (1996) señala:

El proceso es un instrumento de pacificación social, es un medio idóneo de certeza en las relaciones sociales en una comunidad determinada y si esa resolución de un conflicto cualquiera que sea su contenido, restablece la paz o la consolida, nos parece que se acerca muchísimo a la justicia como valor y ello debe obtenerse por intermedio de la búsqueda de la verdad. (p.188).

Es así, que para el citado autor el proceso es un método de debate en la que dos partes tienen un conflicto entre sí, en un plano de igualdad, y derivan la decisión ante un tercero que, por definición, debe ser imparcial.

Este tercero, señala Muñoz (1996), asume por mandato legal un rol de destinatario de la actividad probatoria de las partes del conflicto, pues se asume, que el interés primordial del conflicto, es el interés propio de las partes y no el interés de la sociedad, que es representada por el Juez. Esa es, señala, la discusión de la finalidad del proceso en la funcionalidad de la actividad y de la preeminencia de la actividad del Juez.

En ese sentido, para algún sector de la doctrina, el fin del proceso no es la búsqueda de la verdad, toda vez que el proceso es una discusión entre dos personas en las que cada una de ellas argumentará a su favor. El juez, por su parte, deberá tomar la decisión en base a las pruebas que las partes presenten, y decidir en base a los

argumentos de estos, siendo una ponderación lo que inclina su decisión y no la búsqueda de la verdad.

2.1.6. LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica señala que ante la lesión de un derecho o libertad protegidos en dicha convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad transgredidos así como la reparación de las consecuencias de dichas medidas.

De este modo, Aráuz define a la reparación como aquellas medidas orientadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Así, el citado autor señala que el monto y naturaleza de la reparación depende del daño causado.

Es así, que el citado autor señala:

La reparación consiste en las medidas orientadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, su monto y naturaleza dependen del daño ocasionado ya sea material o inmaterial con el fin de retribuir a la víctima, satisfacer a la sociedad no solo imponiendo una pena al infractor sino como una manera que se establece para enmendar de cierto modo los daños que ha causado la falta de cumplimiento de las leyes y normas de conducta sancionadas por la ley penal. (Aráuz J. , 2016, pág. 9)

2.1.7. UN PROCESO QUE IMPLICA EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL IMPUTADO.

Las garantías constitucionales del proceso penal son todos aquellos principios, derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce al imputado a fin de protegerlo de injusticias de parte del Estado o de terceros.

Tienen por finalidad otorgar al imputado de un marco de seguridad jurídica. Así, se señala que las garantías constitucionales buscan mantener un equilibrio entre la verdad material y los derechos fundamentales del imputado.

Es así, que el *ius puniendi* del Estado no puede operar ilimitadamente, por encima de los derechos del ciudadano. En este punto, es importante recordar la anterior discusión respecto del fin del proceso, toda vez que el Estado no puede excederse en la investigación bajo el argumento de que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, pues por encima de la verdad, el proceso penal debe cuidar los derechos de todos.

Esto es, son las medidas dirigidas a poner freno al poder estatal, evitando con ellas que éste impida el aprovechamiento efectivo de los derechos fundamentales que son reconocidos por ley a todos los ciudadanos.

Por tanto, es importante que las garantías estén reconocidas por la Constitución, como norma máxima de todo Estado Constitucional, de tal modo que ningún poder del Estado pueda estar por encima de ellas.

Entre las garantías constitucionales que le son reconocidas al imputado nos encontramos con el derecho a ser oído o el derecho de audiencia; el derecho que asiste al imputado de un delito de guardar silencio y no verse compelido a prestar testimonio en contra de sí mismo; el derecho a la presentación de pruebas contrarias; el derecho de defensa del imputado y el derecho de presunción de inocencia que constituye la garantía que doctrinalmente es considerada de mayor trascendencia en vinculación con la defensa, pues hace descansar el peso de la obligación probatoria en la parte acusadora que debe probar los cargos que se le imputan al acusado. (García, 2014, pág. 5)

2.1.8. UN PROCESO ACUSATORIO, DE TENDENCIA ADVERSARIAL

Al igual que otros autores ya mencionados, Armenta señala que pese a que la doctrina habla de dos sistemas, el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, esta es una cuestión más teórica que práctica, puesto que en los regímenes actuales no existe ningún modelo plenamente inquisitivo o únicamente acusatorio. (1995)

La tendencia adversarial es demostrada a través del nuevo modelo procesal penal en la que se presenta un conflicto de intereses entre la víctima y el imputado, siendo que ambos persiguen intereses que esperan sean amparados por la justicia penal.

Es así, que los intereses de la víctima son:

- Que se le imponga una sanción penal al responsable del delito
- Que se reparen los daños, o en su defecto se compensen económicamente, del delito

Por su parte, el imputado tiene por interés

- Que se le considere inocente de los cargos imputados

Si bien el Código Procesal Penal procura una igualdad de condiciones entre las partes, los distintitos intereses que persiguen cada uno de ellos tendrán como resultado que las condiciones difieran, al menos en parte.

Es así, que el imputado tendrá más facilidad ocultando evidencias, como ya se ha mencionado, mientras el Ministerio Público deberá buscar pruebas después de que estas hayan podido ocultarse por las partes.

Por su parte, el Ministerio Público contará con mejores recursos que el imputado en la búsqueda de pruebas, toda vez que contará con el apoyo de la Policía Nacional del Perú e Institutos de criminalísticas para tal fin.

El imputado, por su parte, podrá hacer valer por si mismo sus derechos, además, en caso no cuente con los recursos suficientes para pagarse un abogado, el Estado le proporcionará apoyo a través de un abogado defensor público.

Respecto a la carga probatoria, mientras el Ministerio Público deberá acreditar sin lugar a dudas la responsabilidad del imputado en el delito, al imputado le es suficiente dejar lugar a dudas, para obtener sentencia favorable.

En aras del respetar la tendencia adversarial, el imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas.

La tendencia adversarial se aprecia mejor en el juzgamiento, en la que de manera obligatoria debe concurrir ambas partes, es así que en el Nuevo Código Procesal Penal artículo 359 señala que el juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los Jueces, el Fiscal y de las demás partes.

De este modo, el Nuevo Código Procesal Penal exige la presencia del acusado, es así que señala, que el acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del Juez y aún en estos supuestos el acusado seguirá siendo representado por su abogado defensor.

No solo el acusado, sino también su abogado defensor, deben estar presentes en el juzgamiento, de este modo el Nuevo Código Procesal Penal no solo busca igualdad en la presencia de las partes, sino también igualdad en la capacidad técnica, toda vez que el acusado rara vez tendrá conocimientos de derecho penal, mientras que el llamado a conocer y dirigir eficientemente la defensa del acusado es el abogado defensor.

En ese sentido, el Nuevo Código Procesal Penal señala que cuando el abogado defensor del acusado injustificadamente se ausente de la audiencia, rige lo dispuesto en el numeral 1 y 3 del artículo 85, excluyéndosele de la defensa. Es decir, que en las audiencias que sean inaplazables se debe convocar de inmediato un abogado de oficio, mientras que en las audiencias posibles de aplazar se suspenderá la audiencia. De esta forma, el Nuevo Código Procesal Penal resalta la ineludible necesidad de un abogado defensor en el juzgamiento.

La presencia del fiscal en el juzgamiento también es obligatoria en el juzgamiento, de tal modo que no podrá continuar con la audiencia en ausencia de este.

Como vemos, el Nuevo Código Procesal Penal exige la presencia del juez, el acusado, el abogado defensor y el fiscal, dejando claro con esto que para la realización de la audiencia no puede faltar tanto un juez que dirija el proceso como ambas partes.

Caso distinto es con el actor civil, cuya presencia no es absolutamente exigible, pudiendo continuar con la audiencia aun en ausencia de este, tal como lo señala el artículo 359 numeral 7 del Nuevo Código Procesal Penal.

Es a través de estos elementos, como de muchos otros, que se manifiesta el carácter adversarial del proceso penal.

2.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO GARANTÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

2.2.1. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el derecho romano se usaba ya la expresión “statius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quan innocentem demmare” es decir, es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”, frase que tiene que ver con la

presunción de inocencia como regla probatoria y especialmente como regla de juicio (Jiménez, 2010).

Es así, que la presunción de inocencia implica, entre otras dimensiones, que el estándar de actividad probatoria no debe reducirse en aras de evitar la impunidad (ello lo desarrollaremos más adelante), sino que se debe mantener un estándar de exigencia probatoria (exigida al fiscal). En ese sentido, la expresión aludida enfatiza tal dimensión, al señalar que la prioridad del Estado no debe ser priorizar condenar al culpable, sino evitar que el inocente sea culpado (De La Cruz, 2001).

Encontramos también en el derecho romano y en el derecho carolingio la “*praesumptio bonitatis*” o “presunción de bondad” es decir, la presunción de que el testigo decía la verdad, salvo que se acredite que lo señalado es falso.

Claro está, que esta presunción operaba únicamente para los testigos, más no para el acusado, pero de tal principio, derivó luego el principio de presunción de inocencia, que operaba para el acusado.

Posteriormente, en Francia se impartiría la ordenanza ““todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos”

El primer texto constitucional que reconoce el derecho a la presunción de inocencia fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fue aprobada en 1789 por el Rey Luis XVI.

2.2.2. CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es el derecho que todo ciudadano tiene, de ser considerado inocente, hasta que no se haya declarado su culpabilidad, mediante sentencia firme, según las pruebas actuadas. Según Rosas (2005), la presunción de inocencia comprende muchos derechos, por un lado, es el derecho a ser considerado

inocente, es decir, que no podrá ser señalado como culpable por la policía, fiscalía, poder judicial, prensa o cualquier otra institución o persona.

Por otra parte, la presunción de inocencia significa que el señalamiento de culpabilidad de una persona debe sustentarse en pruebas, y no meras especulaciones, de este modo, no se podrá acusar a alguien de pertenecer a una organización criminal o de cometer determinados delitos por el hecho de ser la pareja, hermano o amigo cercano de quien tiene un delito probado (De la Cruz, 2001).

Del mismo modo, la presunción de inocencia es una regla a la hora de analizar la responsabilidad penal del autor, en el análisis decisorio del juez, quien debe partir de la regla de que el imputado es inocente, antes de cargar contra ello todos los argumentos que prueben lo contrario.

Pérez señala que el imputado debe ser considerado inocente a priori y que tal condición solo puede ser perdida por sentencia. De este modo, el citado autor (2014) señala que:

Este derecho tal asegura que el ciudadano sometido a un proceso penal no sea considerado *a priori* culpable, y que pierda su condición de inocente sólo y exclusivamente por una resolución judicial en forma de sentencia, pronunciada por un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley, tras un proceso en el que se hayan respetado todas las garantías constitucionales al efecto. (pág. 180)

Ovejero (2017) señala que:

El concepto de presunción de inocencia ha ampliado su concepto a través de los años, en ese sentido, señala, antes era entendida como una presunción *iuris tantum*

que solo podía ser destruida por una prueba constitucionalmente válida y traída a juicio con todas las garantías.

Sin embargo, señala, en los años 90 su concepto se amplió a fin de integrarse al concepto de derecho, en ese sentido, el autor señala que en la definición de la presunción de inocencia se apostó por una interpretación más integradora de las facultades protegidas por el derecho, y por una definición propia y autónoma del derecho a la presunción de inocencia.

Es así, que el concepto de presunción de inocencia adquiere un contenido constitucional que ofrecía al imputado protección no solo durante la celebración del juicio, sino, justamente, antes de la intervención garantista del poder judicial o de la aplicación de las demás garantías procesales definitivas del juicio justo. (Ovejero, 2017, pág. 432)

Así, el citado autor señala que la presunción de inocencia adquiere pasa a ser definida tanto por su naturaleza procesal como por su naturaleza extraprocesal. Así, Ovejero señala:

Como derecho autónomo, la presunción de inocencia pasa a ser definida tanto por su naturaleza procesal (ampliamente estudiada y relacionada con la actividad probatoria) como por su naturaleza extraprocesal con la que se aseguraba, precisamente, la celebración de un juicio justo antes de la imposición de la pena. En ese sentido, se incide en la presunción de inocencia comienza a ser interpretada por la jurisprudencia del TC como un derecho protector de la dignidad personal frente a cualquier acción sancionatoria o limitativa de derechos, impuesta al margen del proceso judicial. (Ovejero, 2017, pág. 432)

De este modo, señala Ferrajoli (1995), la presunción de inocencia adquiere doctrinariamente un valor constitucional como garantía de acceso a la justicia, relacionado con la definición de Estado Constitucional de Derecho.

Es así, que el derecho a la presunción de inocencia se comprende ahora como el derecho a un proceso equitativo y de un juicio justo, con todas las garantías de que el proceso, tanto penal como extrapenal, se producirá de la forma debida, sin afectación de las garantías personales, hasta que no recaiga sentencia judicial definitiva.

2.2.3. DIMENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

a. Dimensión extraprocésal

Debemos tener en cuenta que el derecho a la presunción de inocencia está presente en otros ámbitos jurídicos, en especial en el derecho administrativo sancionador.

En ese sentido, la Casación N° 13893 – 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República señala:

Respecto al recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, el cual denuncia la infracción normativa del artículo 230 numeral 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, es de señalarse que tal disposición administrativa prevé que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, desprendiéndose que lo anterior se deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia. En tal sentido, la Administración debe presumir que los administrados

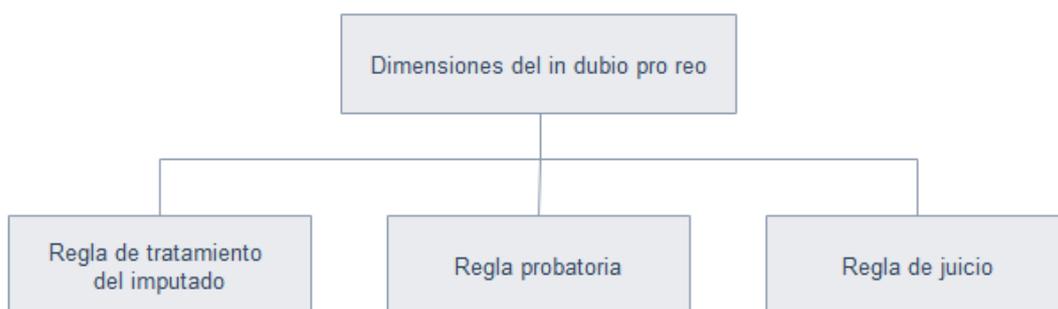
han actuado apegados a sus deberes, en tanto no cuente con evidencias en contrario.

Toda sanción que provenga de los poderes públicos, sea sentencia o resolución administrativa, debe ser aplicada solo cuando no exista duda sobre la culpabilidad o responsabilidad de la persona señalada.

Asimismo, el carácter excepcional de algunos procedimientos, como los procesos para menores regulados en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente Infractor, deben seguir también la presunción de inocencia, aun cuando las sanciones impuestas en este código no sean privativas de libertad.

b. Dimensión procesal.

Tal como señala Reyes (2012) el derecho a la presunción de inocencia se puede manifestar como una regla probatoria o como una regla de juicio. Es así, que la presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, mientras que como regla de juicio implica su rol en el momento de la valoración de la prueba.



b.1. Regla de tratamiento del imputado

Según Castillo (2018), la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, significa que el imputado se le debe tratar como a

inocente, aun cuando haya sospechas de que no lo sea, hasta que una sentencia definitiva señala que es culpable.

Ferreti, citado por Del Río (2012) señala que:

Esta característica refiere al tratamiento que se debe dar a cualquier persona que enfrente un proceso penal. Esta regla impone tratar al acusado como inocente en todas las etapas que establezca la norma; trato que durará hasta que le sentencia que declare la culpabilidad. (p.202)



Es esa la regla que opera respecto del imputado, desde que se inicia un proceso, con la investigación preliminar hasta antes de emitir el fallo que decide la responsabilidad del mismo, en sede judicial ,e incluso a nivel fiscal con la disposición de archivo.

b.2. Regla probatoria

Según Rosas (2016), la regla probatoria es la obligación del acusador de probar los elementos que configuran el delito que se imputa. Para ello, el denunciante debe cumplir, principalmente, con dos requisitos:

- Señalar de manera integral cuales son los hechos que configuran cada uno de los elementos del delito imputado
- Señalar los medios probatorios que acrediten los hechos antes expuestos

Higa (2004) señala que el derecho a que recaiga la carga de la prueba en el acusador se sustenta en el principio de que quién afirma un hecho tiene que probarlo.

Al respecto, el citado autor señala que la mayoría de los delitos son de acción, razón por la cual tienen un efecto en el mundo, efecto que deja una huella o rastro que el acusador puede probar. Por el contrario, no sería posible al imputado, probar que no ha cometido un delito, toda vez que el “no cometerlo” no genera un cambio en el mundo.

Ante este derecho muchos señalarán que el delincuente hará lo posible por obstaculizar la labor probatoria del Ministerio Público, en su natural intento por borrar o esconder las pruebas en su contra. En ese sentido, el delincuente tiene una significativa iniciativa en esta labor.

A modo de ejemplo, quien dispara sobre su víctima, matándola, recogerá las municiones y armas involucradas en el hecho, así como limpiará las huellas dejadas por su persona.

Ello será hecho con el ánimo de que el Ministerio Público no logre recabar las pruebas en su contra, utilizando de esta forma la presunción de inocencia a su favor y poder salir absuelto del proceso.

Ante ello, la respuesta del Estado no debe ser bajar los estándares probatorios (con el ánimo de evitar la impunidad), sino por el contrario,

debe otorgar mayores recursos para desarrollar mejores técnicas de investigación e interrogación; medidas de colaboración eficaz; ampliación de los plazos de prescripción, entre otras medidas. La solución no es rebajar el estándar de prueba. Y si no existen mayores elementos de quién cometió el delito, la autoridad no puede imputarle ese delito a cualquier persona.

Conjuntamente con el derecho a la carga de la prueba exigida al Fiscal, el imputado tiene derecho al silencio, en ese sentido, si bien el imputado puede guardar silencio, no puede en cambio mentir durante el proceso u obstruirlo o entorpecerlo, caso contrario deberá ser sancionado por obstrucción a la justicia (Castillo, 2018).

Como un ejemplo en la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, tenemos el caso Cantoral Benavides vs Perú en la que la Corte observó que el imputado, el señor Cantoral Benavides “fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado”. (Párrafo 119)

De este modo, la Corte señala que

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. (Párrafo 120)



b.3. Regla de juicio

Como regla de juicio, el principio de presunción de inocencia señala que ante una relativa equiparación entre la carga probatoria de la hipótesis culpable y la hipótesis de inocencia del acusado, el juez por regla debe optar por su inocencia, toda vez que la inocencia se presume.

En esta faceta, la aplicación estriba en la valoración de la prueba. Si la prueba no es concluyente en la culpabilidad, la duda debe resolverse a favor del imputado. De esta forma, se torna crucial en el momento de evidenciarse en el papel de garantía procesal del ciudadano. (Morillas, 2016, p.178).

Al respecto Laudan (2013) señala versa sobre un concepto común tanto en el civil law como en el *common law*, afirmando lo siguiente:

“En ese sentido, en 1979, los magistrados Stewart, Brennan y Marshall insistieron en que ‘Ningún principio se encuentra tan firmemente establecido en nuestro sistema de impartición de justicia como la

presunción de inocencia que se le concede al acusado en cada proceso pena. (p.139)

Es esta manera, tenemos que la presunción de inocencia actúa como *regla de juicio* en los casos en que el Juzgador no ha alcanzado la convicción suficiente, para emitir una sentencia, ni en sentido absolutorio, ni en sentido condenatorio, esto es, “cuando se encuentra en estado de duda irresoluble (Fernández, 2005).

Debe, entonces, comprenderse cómo la presunción de inocencia en su faceta de *regla de juicio*, asume un rol un rol importante cuando el resultado que de ella se deriva no es concluyente. De esta forma afirma Fernández (2015):

(...) En estos casos la duda -como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente- debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia. Sin embargo, como después se verá, la absolución en caso de duda se suele reconducir al campo de aplicación del principio *in dubio pro reo*, que, por otra parte tiende a ser excluido del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia (p. 157-158).

En consecuencia, será el juez quien deberá decidir en base a su experiencia, la verosimilitud de la postura del imputado, en base a lo razonable de sus argumentos. En ese sentido, el juez deberá determinar si:

- La teoría del caso del imputado logra demostrar errores o vacíos en la hipótesis del fiscal, en tal caso, si la hipótesis de la acusación no logra explicar algunos hechos relevantes para demostrar la culpabilidad del acusado, entonces no se le podrá condenar.

- Si la hipótesis del acusado puede explicar de igual modo los hechos probados por la fiscalía, tampoco se le podrá condenar.

2.2.4. FUNDAMENTOS

Un aspecto importante del principio de presunción de inocencia que es poco estudiado es el fundamento jurídico de este. En ese sentido, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos trata sobre el Derecho a la Libertad Personal, en el que se describen muchos derechos relacionados con la presunción de inocencia.

En primer lugar, señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, este derecho está relacionado a la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Es por ello, que el acusado, al no poder ser tratado como culpable, no podrá ser privado de su libertad o su seguridad.

En segundo lugar, señala que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Es así, que el segundo punto desarrolla más precisamente el derecho a la libertad física o libertad personal, de este modo, nadie puede ser encarcelado sin un juicio previo.

Este punto, con mayor razón, determina el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, toda vez que el acusado no puede ser arrestado porque eso implicaría ser tratado como culpable.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece las Garantías Judiciales de toda persona, en las que se señala que Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho a ser oído implica el derecho de presunción de inocencia, toda vez que el hecho de presumir la inocencia del acusado **exige** que se ejecute un procedimiento contra él para poder demostrar su culpabilidad.

Por su parte, el numeral 2 de la presente convención señala que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

De este modo, señala, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal
- comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada
- concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor
- derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley
- derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

- derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable
- derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Es así, que para la presente convención, la presunción de inocencia implica todos los derechos hasta aquí enumerados.

En ese sentido, Machuca & Pacheco (2018) señalan:

En este apartado se recoge lo concerniente al derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa que tiene toda persona procesada. La presunción de inocencia se reconoce internacionalmente por la consideración de que todos los hombres nacen libres y deben ser considerados en igualdad de condiciones (pág. 37).

En Perú, la presunción de inocencia debe estar consagrada expresamente en la Constitución Política y no solo en el aparato penal. La razón de ello, es que su defensa en la constitución le otorga un rango por encima de cualquier poder del Estado, de este modo, el poder ejecutivo, judicial y especialmente el poder legislativo no podrán afectar el derecho a la presunción de inocencia a través de un decreto, ley, acuerdo plenario, etc. (Rosas, 2016).

La defensa de la presunción de inocencia en la Constitución tiene además una utilidad importante dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho, el no solo ser protegido, sino que la Constitución crea mecanismos de defensa constitucionales en caso de incumplimiento.

De este modo, se aprecia la importancia del derecho a la presunción de inocencia. Es así, que la Constitución de 1979 señala en su artículo 20 inciso f) que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales y en consecuencia toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

La actual Constitución de 1993, debido a que la fórmula de 1979 no presentó inconvenientes, copia la redacción de su predecesora y en su artículo 24 inciso e) señala que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales y en consecuencia toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Por su parte, el Código Penal señala en su artículo VI del Título Preliminar que no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen, en todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente. De este modo, el citado artículo regula el derecho a la presunción de inocencia en la regla de tratamiento al imputado.

En tal sentido, tal como asegura Rosas (2016), entre los beneficios de la presunción de inocencia, nos defiende de acusaciones arbitrarias y malintencionadas de parte del Estado, con mayor razón si tenemos en cuenta el desgaste de dinero y tiempo que un proceso penal requiere, el que en muchos casos, puede afectar gravemente nuestro trabajo y/o estudios.

2.2.5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO: IN DUBIO PRO REO Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

a. In dubio pro reo

El principio de presunción de inocencia puede ser visto también como una regla de carga de la prueba, es decir, en caso de duda se debe absolver al acusado. En ese sentido, esta dimensión del principio de presunción de inocencia se constituye en el principio de in dubio pro reo (Fernández, 2005).

Dicho de otro modo, a través del principio de presunción de inocencia, en caso de insuficiencia de prueba, el juez optará por la inocencia.

El *in dubio pro reo* está muy relacionado con los estándares de prueba, en ese sentido, las pruebas presentadas en contra del acusado deben ser abrumadoras respecto de las pruebas de descargo.

Tal es así, que según el principio de *in dubio pro reo*, basta que las pruebas de descargo dejen en duda la responsabilidad del acusado, siendo entonces necesario una menor carga probatoria a favor del acusado, respecto de las pruebas de cargo.

Algunos autores, como San Martín (2015), señalan que aquello es dudoso, que en realidad el *in dubio pro reo* no opera cuando existan dudas, puesto que, según señalan, siempre quedan dudas en la mente del juez.

Así, señalan que es materialmente imposible que un ser humano no albergue ninguna duda sobre las decisiones que toma, y reconozcamos que la mayoría de esas dudas son razonables, pero acostumbran a despreciarse en favor de razones que se consideran mejores.

Por otra parte, Miranda (1997) señala, que la carga de la prueba es una institución del proceso civil más no del penal, es así, que a su parecer la noción de “carga” está inspirada en la idea de obligación, y tiene más sentido en un proceso civil regido por el principio dispositivo y de aportación de parte. Si el litigante aporta la prueba que le es más disponible, puede ganar el proceso. Si no lo hace, perderá.

Sin embargo, el antes citado autor, también señala que el proceso penal tiene una dinámica distinta, pues el acusado no está obligado a aportar pruebas, pudiendo incluso, si así lo desea, quedarse callado durante todo el proceso y sin presentar prueba, sin que ello signifique que será condenado.

Lo que a nuestro criterio, ello no implica que el fiscal deba aportar las pruebas para “lograr la condena”, por el contrario, la labor del fiscal no es buscar la

condena sino buscar la verdad, al igual que el juez, de tal modo que no tiene la “carga” de probar nada, sino la obligación de desplegar una actividad probatoria en el proceso que sirva para que la realidad, condenatoria o absolutoria, aparezca (Gonzales, 2011).

Para este sector de la doctrina, el *in dubio pro reo* no llega a aplicarse nunca, puesto que, según señalan, nunca llega a darse una situación en la que no haya pruebas. La presunción de inocencia como regla de prueba y como regla de juicio, exige que la decisión tomada en el proceso sea sobre la base de la prueba actuada en el mismo, cuya valoración y construcción de la inferencia probatoria haya sido sobre prueba suficiente; es decir, se exige un determinado *estándar de prueba*.

El estándar de prueba, a criterio de García (2013), informan al juez, cuál es el grado de certeza personal o de convicción; lo cual, según la actuación realizada válidamente, debe alcanzar en el proceso de que se trate (civil, penal, laboral) para que pueda declarar como hecho probado un hecho debatido.

En el nuestro derecho procesal penal, el estándar de prueba requerido es el del “más allá de toda duda razonable”; el cual, exige que “aun cuando la hipótesis de culpabilidad resulte más probada que las hipótesis de inocencia, se requiere un esfuerzo adicional de parte de la acusación para satisfacer el estándar.

A menudo, la exigencia del estándar ha sido representada en términos matemáticos, señalando que el nivel de convicción que debe adquirir el tribunal debe estar entre un 90% y un 95% para poder condenar” (Laudan, citado por Fernández, 2007). ¿Por qué? Porque, dada la naturaleza delicada del proceso penal – pues pone en riesgo un derecho principio importantísimo como es el de la libertad –, es preferible una absolución falsa que una condena falsa.

Tal como señalamos, el Estado no debe bajar los estándares de la prueba a fin de facilitar la labor del Ministerio Público respecto de la carga de la prueba, en pro del principio de *in dubio pro reo*. De este modo, el Ministerio Público deberá sustentar convincentemente la responsabilidad penal del imputado, aun cuando sea difícil probar los hechos señalados.

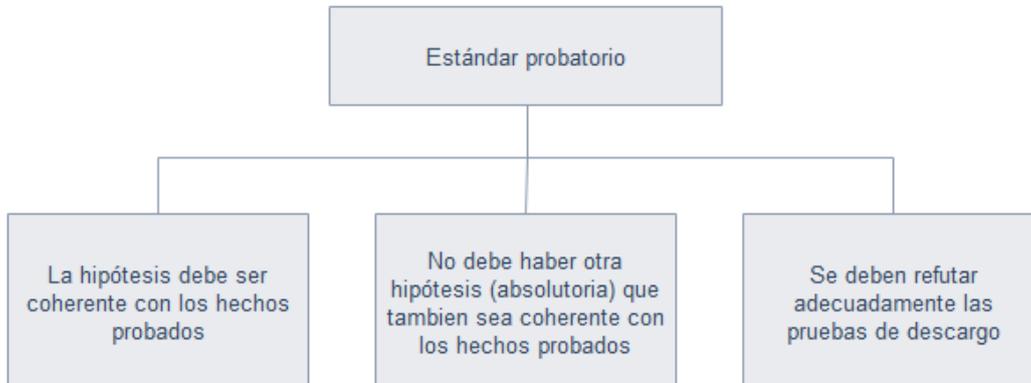
Sin embargo, ¿es verdad que en la actualidad se respeta la exigencia del estándar de la prueba a nivel fiscal? Con mayor razón ¿es verdad que en la actualidad se respeta la exigencia del estándar de la prueba en el momento en que el juez toma una decisión respecto de la culpabilidad o no del imputado?

Es difícil definir en el caso concreto en qué casos se ha logrado superar la duda “razonable”, a ese umbral que intenta buscar el estándar de prueba, es decir, un grado de corroboración de la hipótesis. Ahí impera inevitablemente el subjetivismo, y normalmente el juez tiende a decidir aquello que se ve capaz de motivar.

Debido a ello, muchos autores señalan que el estándar se hace tan dudoso que incluso es posible que dicho estándar no exista (Ferrer, 2005). En ese sentido, la hipótesis condenatoria debe tener:

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el *in dubio pro reo* no favorece solo en ausencia de pruebas, sino también cuando existen pruebas de cargo y de descargo relativamente equilibradas, decidiendo la balanza a favor del acusado, dicho principio.

b. Estándares de pruebas



Pero incluso con esta meritoria formulación, que está basada en la probabilidad inductiva, es decir, en la elaboración de hipótesis alternativas que deben ser descartadas, se vuelve a caer en el subjetivismo, puesto que el número de esas hipótesis alternativas que surjan depende de las habilidades cognitivas de cada juez, de manera que el mayor o menor grado de confirmación será variable en función del observador que sea capaz de exponer nuevas alternativas. (Ferrer, 2007).

El caso del estándar en el que está basada la “duda razonable”: la certeza moral del Derecho canónico. Según San Martín (2015), un hecho se tendrá por probado si fue averiguado por un juez debidamente formado y siguiendo las reglas de procedimiento establecidas centrándose únicamente el juez en lo alegado y probado en el proceso –*secundum allegata et provata*–. Como se ve, ese estándar le intenta dar la espalda, en parte, a la convicción en favor de la consideración de datos mucho más objetivos.

Por lo tanto, y vistas así las cosas, la fuerza probatoria actuada en juicio por el acusador debe ser tal, que alcance el estándar de “más allá de toda duda razonable”, o certeza.

2.3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

2.3.1. LA CARGA DE LA PRUEBA EN OTROS PROCESOS

La carga de la prueba tiene un contexto distinto en otras ramas del derecho, aunque en todas la carga de la prueba está determinada por las presunciones, razón por la cual en gran sector de la doctrina se equipara la carga de la prueba con las presunciones.

Es así, que en el derecho civil se considera que ambas partes se encuentran en igualdad respecto de la carga probatoria, bajo la expresión de que quien quiere algo debe probarlo y quien se defiende, debe probarlo. (Asencio, 2016).

Sin embargo, encontramos numerosos casos en el proceso civil en la que una parte tiene la carga de la prueba, y se considerará a favor de la otra parte mientras no se pruebe lo contrario.

Así por ejemplo, el artículo 147 del Código Civil señala que se presume que cuando son varios representantes, lo son indistintamente, de tal modo que en caso de un proceso civil el representante no deberá demostrar que tenía igual calidad de representación que los otros representantes.

Como otro ejemplo, el consumidor no tendrá que demostrar que el dependiente de una tienda actuaba en representación de la empresa, porque la objeción de dicha premisa estará a cargo de la tienda. Así lo señala el artículo 165 del Código Penal que señala:

Artículo 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.

En la acción pauliana, el acreedor puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. En estos supuestos, ante la existencia de un acto del deudor en la que renuncie a derechos o disminuya su patrimonio, el acreedor no tendrá que probar el perjuicio, toda vez que se presumirá, En todo caso, será el deudor quien tendrá que demostrar que dichos actos no afectan la capacidad de pagarle a su acreedor.

Sin embargo estos ejemplos presumen derechos de una de las partes, por el contrario, una presunción más parecida al *in dubio pro reo* dentro del derecho civil es la presunción de buena fe que implica a las partes, tras lo cual se presume la buena fe mientras que la mala fe debe ser probada por la parte contraria.

Por su parte, en el derecho laboral se encuentran notables preferencias probatorias para la parte “más vulnerable” como es el trabajador. Por su parte, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume que el contrato laboral es a plazo indeterminado.

Por otra parte, en la Ley Sobre el Derecho de Autor se señala en el artículo 11 se señala que se presume autor a la persona natural que aparezca indicada como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.

De este modo, quien no cumpla tal condición y desee acreditarse como autor de una obra, deberá presentar las pruebas necesarias, mientras que quien cumpla tal condición, no tendrá que probarlo.

2.3.2. LA CARGA DE LA PRUEBA DENTRO DEL MARCO PROCESAL PENAL

Por su parte, en el proceso penal, la carga de la prueba se le exige al Ministerio Público, tal como señala el artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, el cual señala:

El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

Es así, que el obligado a demostrar la existencia de un delito es el Ministerio Público y no el imputado.

Sin embargo, cuando la idea de la presunción de inocencia sí gana un protagonismo no es exactamente en materia de valoración de la prueba, o a la hora de dictar la sentencia. En ambos momentos se utiliza su orientación, pero no con carácter específico. La presunción de inocencia más bien orienta al juez durante todo el proceso penal, evitando que desde principio a fin le influya el prejuicio social de culpabilidad. (Nieva, 2013, pág. 89)

La carga de la prueba no influye únicamente respecto de la comisión o no del delito, sino también respecto de la calidad en la que el acusado es imputado. En ese sentido, aun cuando se determine la responsabilidad del autor, la carga de la prueba significa que el Ministerio Público debe probar el dolo, caso contrario, deberá imputar el delito como imprudente.

Del mismo modo, el Ministerio Público debe probar que el delito se ha consumado, no pudiendo tal hecho presumirse. Caso contrario, deberá imputarse a lo mucho como tentativa.

La carga de la prueba a favor del reo implica también que el Ministerio Público debe probar aquellos hechos que agravan el delito imputado, como el ánimo de lucro, o el que el delito fue hecho de noche, etc.

2.3.3. CONSECUENCIAS E IMPLICANCIAS

La carga de la prueba tiene entre sus razones, la facilidad de probar un hecho por una parte, en oposición a la dificultad de la prueba por la parte contraria, de este modo, se le exige al empleador la carga de la prueba toda vez que para el empleador es más fácil contar con las pruebas que acrediten un hecho.

De este modo, la carga de la prueba busca equilibrar las facilidades de probar, entre las partes, con el objeto de buscar la justicia.

Sin embargo, la carga de la prueba en el proceso penal, tiene una segunda razón, la que en el presente caso es más importante aún: el derecho a la libertad personal.

Es así, que el derecho a la libertad personal implica también que el imputado puede estar tranquilo sin miedo a ser acusado o encarcelado sin pruebas en su contra, o encarcelado por la ausencia de pruebas exculpatorias de su parte.

CAPÍTULO III:

LA TEORIA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS Y LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL IMPUTADO EN LOS PROCESOS POR EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.1. TEORÍAS DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS

3.1.1. CONCEPTO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS

En el campo de la física, el concepto “dinámica” se refiere al desplazamiento de una masa de un respectivo lugar hacia otro.

En tal sentido, dentro de los alcances de la teoría de la carga de la prueba, encontramos a la denominada teoría de la carga dinámica de la prueba; la cual, sirve de sustento para justificar el desplazamiento del onus probandi, es decir, constituye una contraposición a reglas fijas que se han encargado de distribuir la carga de la prueba a una sola de las partes, en el proceso penal peruano.

Para Trujillo (2007) dicha teoría, la cual pertenece al campo del Derecho Procesal, busca balancear el desequilibrio que se presenta en ocasiones por la aplicación de las reglas rígidas del onus probando. Lo que se da como solución al problema que producen las reglas inflexibles que se han impuesto sobre la carga de probar; tratándose de distribuir la carga de la prueba para que cada quien pruebe conforme a su interés en el proceso.

En la carga de la prueba, en palabras a criterio de Jaramillo (2012), deben ser objeto de racional y equilibrado reparto, siempre que se sigan determinados criterios, tales como la disponibilidad y a la facilidad probatoria, debiendo tenerse en cuenta a cuál de las partes le resulta más fácil ofrecer dicha prueba para su posterior valoración.

Esta teoría, en primer orden – como ya se ha precisado – pertenece al campo del derecho privado, específicamente, del derecho procesal civil, la cual implica una aplicación excepcional de las reglas de la carga de la prueba, resultando procedente recurrir a la misma, únicamente en los casos en las que la aplicación de las comunes

reglas de carga probatorias, resultarían perjudiciales para la valoración judicial. Entendiéndose, que su aplicación de ceñirá al caso concreto, recayendo el deber de probar en aquella parte que se encuentre en mejores condiciones “profesionales, técnicas o fácticas de producir la prueba respectiva (Vargas, 2009).

Es pues, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una solución al problema de rigidez de la labor probatoria, imponiendo el deber de probar a la parte del proceso que esté en mejores condiciones de hacerlo. Teoría, de la cual, no solo es de uso exclusivo del campo civil, sino que también podría buscarse trasladarse la prueba en otro campos, tales como el derecho laboral, administrativo, y por qué no, en el derecho penal.

3.1.2. CARACTERES

El maestro Peyreano (2005), en su publicación sobre los nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, expone como caracteres, lo siguientes:

Configuran una especie dentro del género de desplazamiento de las cargas probatorias.

- a) Reconocen a las reglas comunes sobre el onus probando, como regla general, y a la distribución dinámica de dicha carga, como regla excepcional, en situaciones donde la aplicación de las primeras afecte al proceso.
- b) Importan un desplazamiento del onus probando conforme a la situación de cada caso en concreto.
- c) Una vez aplicada, la carga recaerá sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para ofrecer y actuar la prueba respectiva.
- d) Se sustenta en la facilidad probatoria y disponibilidad de los medios probatorios,

en el que se encuentra la parte a quien no le correspondía el deber de probar.

- e) Son aplicables de oficio.
- f) Se expandido a todas las ramas del derecho, en todo Latinoamérica.

3.1.3. CONTENIDO

Sobre el particular, explica Peyrano (2005), que su aplicación de sustenta solo en aquellos casos, en los que existe dificultad probatoria para una de los actores del proceso, y la otra en la facilidad que tiene el otro actor, para producir la prueba.

Por su parte, Betancourt (2010) destaca como notas esenciales de la carga dinámica de la prueba, las siguientes:

- i) El desplazamiento del onus probandi se sustenta en la medida en que una de las partes se encuentre en mejores condiciones para probar el supuesto de hecho respecto del cual persigue un efecto jurídico deseado (principio de disponibilidad y facilidad); ii) la distribución del peso probatorio, además, es “fruto del principio de colaboración y solidaridad”; iii) la aplicación de esta regla es excepcional, es decir, sólo se presente en situaciones anormales; y iv) este desplazamiento depende de cada caso en particular y de la valoración que haga el juez con respecto al comportamiento de las partes involucrada en el caso. (p.28)

En tal sentido, en principio, cada parte, dada su capacidad para aportar la prueba, puede ofrecerla y probar con ella, según sus intereses. No obstante, la aplicación de la teoría en comento, según las particularidades del caso, permite que el juez, ya sea de oficio o a pedido de parte, distribuir la carga de la prueba, en cualquier momento del proceso antes de emitir sentencia, exigiendo a una de las partes, y solo aquella que se encuentre en una circunstancia más favorable para ofrecer la prueba que ayude al esclarecimientos de los hechos, de aportarla.

A modo de ejemplo, citamos lo expuesto por Kiper, un Juez de la Sala H de la Cámara Nacional Civil en Argentina, en un voto emitido en una sentencia:

Ambas partes, quien se halle mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los medios de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quién esté en mejores condiciones para producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien en mejores condiciones aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, etc.

Luna (2003), entiende que el **principio de disponibilidad probatoria** consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible a la otra acceder; mientras que el **principio de facilidad** exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respecto a la práctica de un medio probatorio, mientras que a la otra resulta más fácil o cómoda. **(La negrita es nuestra).**

Según Urbano (2011), la carga dinámica de la prueba “implica un reconocimiento de la desigualdad en que se hallan las partes respecto del hecho a probar y constituye una compensación a favor de la parte a la que le es más difícil acreditarlo” (p.123). En tal sentido, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, implica una flexibilización del onus probando.

Por otro lado, según la doctrina mayoritaria, las reglas que se han expuesto no podría tener aplicabilidad en el proceso penal, pues es al ente acusador, a quién le corresponde la carga de la prueba, sin admitir excepción, y hacer lo contrario significaría atentar contra el principio de presunción de inocencia. Sin embargo en su oportunidad expondremos por qué tal convicción es errada.

3.1.4. LAS TEORÍAS DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS Y SU COHERENCIA CONSTITUCIONAL

Esta teoría resulta ser una solución eficaz para el funcionamiento de los derechos y garantías contenidas en la Constitución.

En tal sentido, para Vargas (2009), existiría coherencia con los derechos garantías de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

Sobre el particular, afirma Barbosa (1986) que es indispensable que ambas parten tengan la oportunidad de poder vencer, traduciéndose la igualdad aquí, en “igualdad de riesgos”. El cual, se basa en aquellos casos donde hay dudosa existencia de algún hecho relevante. En tal sentido, el obligar a quien propone un alegato de defensa, el presentar determinada prueba, de la cual no tenga acceso o cuyo acceso sea dificultoso, resulta una manifiesta inequidad. Por ello, es que las reglas de distribución de la carga probatoria, en función de “la facilidad de acceso a la prueba”, se constituye como una garantía al derecho-principio de igualdad.

Peyrano (2005), refiere también que, tiene coherencia con el derecho garantía de la defensa en juicio, ya que la distribución de la carga de la prueba, tiene que ver con las reglas de la sana crítica en materia de valoración de prueba.

Por otro lado, Peyrano (2005), afirma que la aplicación de dicha teoría, desde el momento su existencia doctrinaria y jurisprudencial, ya no resulta sorpresiva para las

partes, razón por la cual ante un proceso en el que se debata el ofrecimiento de una prueba, la distribución de la carga, sería un hecho previsible para las partes.

Respecto de esto, los principales detractores de la teoría, afirman que las cargas probatorias dinámicas, afectan el calor “seguridad jurídica”, al variar las reglas sobre el onus probandi. Sin embargo, no resulta ser así, pues, tal como ha hemos referido anteriormente, dicha doctrina ya ha sido aceptada en las legislaciones Latinoamericanas. Y tal como lo explica, Kemelmajer, citada por Vásquez (2005), de que el sistema probatorio se concilia con tendencias procesales, que imponen el deber a la partes de conducirse con buena fe, consagrando de este modo un régimen general de la prueba que “desigual a los desiguales.

3.1.5. LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS VS EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como anteriormente se ha precisado, se ha dicho que las teorías de las cargas dinámicas probatorias solo podrían ser aplicadas al derecho procesal civil, e incluso a otras ramas, tales como el derecho laboral, o administrativo, pero no en el derecho procesal penal. Y ello porque el derecho procesal penal consagra dentro de sus principios directores de actuación la denominada presunción de inocencia, que recae en cada imputado; y siendo así, a quien sin excepción le corresponde la obligación de probar, es al Ministerio Público (Acciarri, 2001).

Sin embargo, esto último fue acertado en su momento, cuando se tenía una concepción restringida del derecho procesal penal. Hoy en día, ya no es así, pues la doctrina procesal penal moderna, entre ellos, el profesor Acosta (2003), defiende la posibilidad de su aplicación en el ámbito penal, especialmente en los supuestos de: a)

Eximentes penales, b) delitos de omisión a la asistencia familiar, c) tenencia ilegal de armas, y d) Enriquecimiento ilícito.

Para mayor abundamiento, Tosato, citado por Vásquez (2005) explica lo siguiente:

La técnica de endilgar la carga probatoria a quien mejor puede desarrollarla, no es totalmente ajena al derecho penal, común, ni siquiera cuando recae sobre el indiciado, tal como se advierte de la tan discutida disposición del art. 268° del Cód. Pen. Relativa a funcionario público que, al ser (...)debidamente requerido, no justifiere la procedencia de un enriquecimiento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público (...). Y ello no deja de ser así, ni siquiera porque se considere que el requerimiento expreso, elevado a condición objetiva de punibilidad, resulte un resguardo más de garantía en favor del imputado (p.27).

Por otro lado, la aplicación de la teoría en desarrollo, es coherente con el derecho procesal penal, siempre que no medien pruebas directas que ayuden al esclarecimiento del hecho criminal. Por ejemplo, cuando en el proceso de investigación se disponga diligencias tendientes a probar descargos o a disminuir la responsabilidad del imputado, y que podrían ser de dificultosa obtención, o estar en poder del propio imputado. Entonces, en este caso, resulta totalmente factible hacer uso del traslado de la carga de la prueba, y ello en función de que es el imputado quien tiene mayor facilidad de acceso al medio de prueba, que no hace otra cosa que desterrar su culpabilidad, e incrementar su presunción de inocencia.

Al respecto Mittermayer (1979), refiere que en otras ocasiones, los contraindicios tomados de los argumentos de cargo, demuestra que la relación del hecho incriminado con el incriminado, pueden explicarse un mundo más sencillo, uno que

ayude al esclarecimiento de los hechos, el cual sería las cargas probatorias dinámicas.

Por ello, afirma Vásquez (2005), que la aceptación de la doctrina de la distribución del onus probandi en el derecho procesal penal, consiste en que su adopción explícita y jurisprudencial – y será siempre jurisprudencia, porque no se puede imponer como regla debido a la presunción de inocencia y además porque el derecho penal se rige según el caso concreto y las particularidades de este, demandado en la labor del Juez un mayor análisis en cuanto a valoración judicial se refiere – de un probado método de búsqueda de la verdad jurídica objetiva, la decisiones se tornarían más previsibles, en aras de la seguridad jurídica.

Tenemos pues, que incluso, la misma Corte Europea de Derechos Humanos, ha resuelto “revertir la carga de la prueba” en los procesos penales, y que dicha reversión, se encuentra plenamente justificada y de ningún modo contradice el artículo 6 de la convención, ya que “éste no prohíbe que se formulen presunciones de hecho o de derecho, existentes en todo sistema legal, sino que exige a los Estados a que mantengan estas presunciones dentro de los límites razonables que tengan en cuenta los objetivos de la legislación y mantengan los derechos de defensa”. (Sentencias de. T.E.D.H. de 07 de octubre de 1988, caso “Salabiaku contra Francia, “Caso Pham Hoang contra Francia y “caso Phillips contra Inited Kingdom, citados por Vásquez, 2005).

Incluso, tenemos regulados tipos penales, que asumen una posición de reversión de la carga de la prueba, tal como lo es el delito de lavado de activos, mediante el cual basta un desbalance en el patrimonio del imputado, que éste no pueda justificar; pudiendo aquello implicar, que sea el imputado quien deba ofrecer la prueba

respectiva sobre el por qué su patrimonio no coincide con el que debería tener; bastándole al Acusador demostrar la existencia de ese desbalance y el posible delito fuente.

En esa misma línea, Rojas (2013) al versar sobre el delito de enriquecimiento ilícito indica que en este caso, no existe ningún problema con la inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos.

Dicho todo lo anterior, tenemos pues, que la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, pueden ser aplicadas al derecho procesal penal, y ello, en primer lugar porque es de aplicación excepcional, es decir, solo se aplicará al caso en concreto, dependiendo de las circunstancias que se presenten en éste, tales como la dificultad que exista para ofrecer un medio de prueba a una de las partes, y la facilidad que exista en la otra de ofrecerla. En segundo lugar, por lo que se busca en el proceso, sea cual fuera su naturaleza, es llegar a la verdad procesal, concepto íntimamente ligado al significado de justicia. En tercer lugar, porque el principio de solidaridad demanda acciones de la partes, tendientes a ayudar a llegar a la verdad procesal, y más aún si en este caso concreto, la inversión de la carga probatoria, o mejor dicho, la aplicación de la dinámica probatoria, que necesariamente implica imponer el deber de probar al acusador, va ayudar no solo a esclarecer los hechos, sino también a garantizar la permanencia de su estatus de inocente. En cuarto lugar porque dicha inversión, no implica de ningún modo que el acusador – en este caso el Ministerio Público – no tenga obligación de ofrecer pruebas de cargo, por el contrario, la inversión probatoria, operará en aquellos casos, en los que a pesar de que el acusador haya ofrecido medios de prueba que informarían sobre la culpabilidad del imputado, aparece un contraindicio advertido por la defensa, lo que podría implicar a su vez que

se desbarate la tesis fiscal, implicando necesariamente que sea la defensa quien pueda explicarlo con la prueba debida. Ello a pesar de que sobre lo último, se haya expresado en la sentencia No 2.486/2001 del 21 de diciembre de 2001 emitida en la Casación No 761/2000 del Tribunal Supremo español, lo siguiente:

La valoración como indicio de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, de la acreditación de la falsedad de sus manifestaciones o de su manifiesta inverosimilitud, no implica invertir la carga de la prueba ni vulnera al principio nemo tenetur, siempre que exista otra prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente acerca de la participación en el hecho del acusado.

Sin embargo, creemos que si trata de una inversión de la carga de la prueba, toda vez que se está imponiendo el deber al acusado de explicar su situación, y hasta probar sus argumentos, pero de manera limitada, sin que aquello, signifique atentar contra el núcleo duro de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Dicho todo esto, una cosa es clara, la inversión de la carga de la prueba en materia penal se da, la aplicación de las cargas probatorias dinámicas se aplica en el proceso penal, sin embargo aún nos encontramos renuentes a aceptarlo.

3.1.6. APLICACIÓN DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS EN JURISPRUDENCIA DEL DERECHO COMPARADO: COLOMBIA

Colombia es el principal país del derecho comparado que en varias de sus sentencias ha aplicado la teoría de las cargas dinámicas probatorias. En tal sentido, tenemos a García (2016), quien en un artículo sobre la carga dinámica de la prueba aplicada al proceso penal, ha precisado que el alto Tribunal, en la sentencia de casación 24.530 del 16 de marzo 2006, se refirió por vez primera a la carga dinámica de la prueba, pues aseguró lo siguiente: “que a las partes (les) corresponde la carga de la prueba de

lo que aspiran a lograr del juez”, idea que recayó contra la Fiscalía quien no había acreditado más allá de toda duda razonable los antecedentes penales del condenado, pues no hubo comprobación dactiloscópica con el certificado, duda que el juez no podía resolverla en contra del sentenciado y negar el subrogado penal. Sin embargo, dicha afirmación por parte del alto Tribunal comprometió por tanto a la Fiscalía como al procesado que de manera irrefutable y directa incorporó al proceso penal la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Asimismo, en la sentencia 23.754 del 9 de 17 abril de 2008, la Corte se pronunció sobre el caso de una mujer que quería introducir a Colombia cien mil dólares escondidos en unos rollos de unas películas fotográficas, obviando realizar la declaración ante la DIAN. En ese sentido la Corte Colombiana se pronunció de la siguiente manera:

(...) La Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca (...) si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Como observamos, la Corte reconoce la limitada aplicación de las cargas dinámicas de la prueba en el ámbito penal. Por ello es que establece límites para su aplicación; es decir, no se trata de una regla en la que – creemos que de carácter excepcional – al procesado o a la defensa se le requiera probar lo que le corresponde al Ministerio Público, sino para desvirtuar lo ya probado por éste; evidenciándose en el presente

caso, tal como lo advierte Pulecio (citado por García, 2016) que la Corte realizó una aplicación tácita de la teoría de la carga dinámica en materia penal.

Por otro lado, la Sala Penal en la sentencia 31.147 del 13 de mayo de 2009, un ciudadano fue acusado del delito de omisión de agente retenedor por no haber consignado ante la DIAN los dineros recaudados por concepto de IVA; recibiendo como pronunciamiento por parte de la Corte, lo siguiente:

(...) Por lo tanto, si la defensa quería demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos probatorios concretos y verificables, que parte de los dineros declarados como recaudados por concepto de IVA, no entraron realmente a las arcas del procesado, debió aportar los elementos de juicio necesarios para ello. (...) Pero, incluso si hubiese negado haber recibido algún dinero del declarado, era de su resorte ofrecer los medios probatorios necesarios para confirmar el aserto, no porque la carga de la prueba de responsabilidad se desplace en su contra, sino porque a la Fiscalía le resultaba imposible. (El subrayado en nuestro)

Ya de una forma más expresa, se usó la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal en casos regidos por la ley 906 de 2004; esto en la sentencia 31.103 del 27 de marzo de 2009, la Corte Colombiana expresó:

“Entonces, si lo buscado por la defensa, dentro del rol que le asigna el principio adversarial, es controvertir el efecto demostrativo de las pruebas, bien puede criticar su naturaleza y efectos intrínsecos, o presentar pruebas de descargos que la controviertan”. Tenemos pues que el alto tribunal amparado en la **adversariedad** del sistema penal le asigna a la defensa un rol probatorio, debiendo probar lo que le resulte conveniente, ya que su estrategia de defensa es parte de su teoría del caso.

García (2016) citando a Pulecio concluyó que en este caso la Corte se vio forzada a desarrollar por primera vez en la jurisprudencia, la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal, en un caso regido bajo la sistemática procesal acusatoria.

En ese sentido, avanzando en el tiempo, la teoría de la carga dinámica de la prueba se introdujo de forma expresa en el proceso penal Colombiano en la sentencia 33.660 del 25 de mayo de 2011; en la misma que se afirmó que la defensa alegaba una condición difícil de probar por parte del Ministerio Público, “**porque el elemento que lo acredita está más próximo a la defensa, es decir, está bajo su poder, la compromete para presentarlo y desvirtuar así la acusación probada por el ente fiscal**”.

Estas fueron sus palabras exactas:

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia. En un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la

ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación (...) La dinámica probatoria característica de un proceso acusatorio, implica superar la visión sobre que la controversia de la prueba se entendía satisfecha a través de un mero ejercicio argumentativo de la parte acusada (...) la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador.

En tal sentido pues, no hay duda alguna que para la jurisprudencia Colombiana existe el deber de la parte acusada para probar cuando el Ministerio Público ya ha probado, y la cuestión importante a probar es de exclusiva competencia del acusado.

De esta manera, tenemos que para la Jurisdicción Ordinaria Colombiana la implementación de la carga dinámica de la prueba en materia penal se debe dar de manera restringida, siendo la regla general que la carga de la prueba recaiga en la parte acusadora, y de manera excepcional, recaiga en la defensa el onus probandi para desvirtuar las pruebas de cargo de la Fiscalía solo en la hipótesis de que estas pruebas de cargo sean suficientes y pertinentes para la demostración de la responsabilidad penal del implicado; siendo que de darse el caso, le corresponde a la defensa aportar elementos de juicio que permitan generar duda en todo lo actuado materia de imputación penal.

Finalmente se debe precisar que si bien existen otras legislaciones que han aplicado la teoría de las cargas dinámicas probatorias, éstas en su mayoría se han introducido

en otros fueros distintos al procesal penal, razón por la cual solo hemos consignado jurisprudencia Colombiana.

3.2. LA TEORÍA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS Y SU APLICACIÓN AL PROCESO PENAL POR OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

3.2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS AL PROBLEMA

Antes de empezar a resolver el problema objeto de la presente investigación, debemos precisar algunas cuestiones anteriores al mismo.

Es necesario entender que nuestra investigación, nace a partir de un supuesto concreto, que es la alegación de la defensa del imputado de la imposibilidad de cumplir con la obligación de alimentos, solo en ese supuesto es que podría trasladarse la carga de la prueba; por lo que es necesario brindar algunas reglas generales o supuestos en los que se haría posible la aplicación de las cargas dinámicas probatorias, las mismas que han sido esbozadas por los tesisistas atendiendo a todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial realizado en los capítulos precedentes.

Asimismo, debemos recordar que el proceso penal, debate dentro del mismo, casos concretos, cuyo iter irá variando según los supuestos introducidos por las partes. En ese sentido, lo que se explica aquí, versará sobre una especie de pautas generales que deben seguirse el proceso penal de omisión a la asistencia familiar, atendiendo a la naturaleza procesal con la que es tramitada y al principio de presunción de inocencia cuyo estricto cumplimiento se pretende garantizar.

3.2.2. SOBRE LA PRUEBA EVIDENTE EN EL PROCESO INMEDIATO

Como se ha precisado anteriormente, para incoar el proceso inmediato a los supuestos regulados en artículo 446° numeral 1 del C.P.P debe cumplirse con los requisitos exigidos para el mismo, siendo uno de ellos la denominada la evidencia delictiva o prueba evidente, que expresado en palabras de Brichetti (citado por la Corte Suprema, 2016), implica lo siguiente:

La 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 (...). Propiamente, el concepto de “prueba evidente” está referido a la valoración del resultado de la prueba.

Ahora bien, la evidencia delictiva o prueba evidente, no será la misma intensidad en todos los supuestos para incoar el proceso inmediato. De esta manera, en la flagrancia, la evidencia delictiva supondrá 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 que supone que 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, del 22 de julio).

De tal forma, los actos posteriores que realicé el fiscal no serán actos de investigación propiamente dichos, sino que serán meros actos que confirmen lo ya presenciado (como por ejemplo en el caso de un robo en grado de tentativa, en el que se practica el examen médico legal a la víctima para confirmar la violencia, o la declaración de los efectivos policiales quienes presenciaron el hecho e intervinieron).

Por otro lado, en el delito confeso y en el delito evidente, a diferencia de la flagrancia, la intensidad de lo evidente será menor, ya que en principio si se aceptarían actos de investigación, los mismos que no deben demandar complejidad en trámite del proceso.

En ese sentido, sobre delito confeso al pedirse como requisito que la confesión debe estar debidamente corroborada con otros actos de investigación, se busca alcanzar una plena convicción, sobre su incertidumbre y verosimilitud, a partir de un debido al respecto de las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. (Acuerdo plenario 002-2016, fundamento 8.B). Lo que creemos que también es aplicable en el delito evidente, pues aquí también se necesitan actos de investigación que permitan al órgano jurisdiccional, corroborar mínimamente la comisión del hecho delictivo y la vinculación de este con el imputado.

En definitiva, el concepto de prueba evidente no significa de ningún modo ausencia de actos de investigación y de actuación probatoria, sino una presencia de los mismos, pero de manera simplificada. Se requieren actos de prueba mínimos, simples, que no desnaturalicen el proceso inmediato, y que a su vez garanticen los derechos fundamentales del imputado. Pues como expresó San Martín (2016):

(...) la noción de evidencia delictiva o de prueba evidente, lo que a su vez explica, en clave funcional, la reducción de etapas procesales o de periodos en el desarrollo de cada una de estas etapas. Tal objetivo necesita, como criterio de seguridad, para que la llamada eficacia y la celeridad no se instauren en desmedro de la justicia, la simplicidad del proceso o lo evidente o patente de las pruebas de cargo, así como en consecuencia, una actividad probatoria reducida a partir de la noción, de rancio abolengo, de evidencia delictiva o de prueba evidente, lo que a su vez demanda una

relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación pena (p.234)

Lo que es corroborado por la Corte Suprema en el fundamento 13 del acuerdo plenario 002-2016:

El proceso inmediato reformado (...) no es un proceso configurado legalmente para condenar a los imputados. Precisamente la realización de audiencias de incoación y de juicio permite esclarecer probatoriamente el hecho punible con pleno cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, inmediación y oralidad. No es, pues, un proceso ofensivo tendente a condenar irremediabilmente al imputado. El rigor para dilucidar la existencia de sus presupuestos materiales y la ulterior actuación contradictoria de prueba, afirman la vigencia de la garantía de presunción de inocencia. Por consiguiente, si el resultado probatorio no arroja la presencia de prueba ilegal, fiable corroborada, y suficiente – que son los elementos insustituibles para cumplir con esta garantía-derecho fundamental –, el juez está en la obligación de dictar sentencia condenatoria (el subrayado en nuestro) (p.11)

3.2.3. EL DELITO EVIDENTE DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Habiendo ya precisado que en el proceso inmediato, la prueba evidente implica también actos de investigación y posteriores actos de prueba, no complejos; es decir, actos simples, toca ubicar al delito de omisión a la asistencia familiar dentro del mismo.

El delito de la omisión a la asistencia familiar de manera formal ha sido introducido mediante el numeral 4 del C.P, razón por la cual, si hacemos una interpretación literal del mismo, se dice que es un supuesto independiente de los ya establecidos por

el artículo 446, numeral 1) del C.P.P. por lo que debatir sobre evidencia delictiva y simplicidad estaría demás, pues son requisitos exigidos únicamente para la flagrancia, delito confeso y delito evidente. Esto significaría que existiera o no existiera evidencia delictiva, igual serían tramitables en el proceso inmediato. Sin embargo no podemos concebir una idea tan cerrada y carente de todo fundamento.

Si bien es cierto la introducción del delito de omisión a la asistencia familiar se debió a cuestiones de política criminal y más que todo a la finalidad de la descarga procesal, también encuentra su justificación en su simplicidad y su evidencia delictiva, razón por la cual debe entenderse su introducción de manera concordante con el apartado c) del numeral 1 del artículo 446 del C.P, esto es, dentro de los denominados delitos evidentes. En ese sentido, es que opina Arias, citado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 002-2016, cuando menciona:

“Razones concretas de simplicidad –“caso fácil”- y de configuración de causa probable, configurado por elementos de convicción evidentes del delito de OAF, justificaría su procesamiento en la vía del Proceso Inmediato. En efecto, se asume sin mayor rigor que con las copias certificadas ya se configura una causa probable que se expresa en los “elementos de convicción evidentes” previsto en el art. 446.1.c. Por esa razón de sistemática, la concordancia del artículo 446.4, debe ser necesariamente con el art. 446.1.c del CPP” (p.2)

3.2.4. EL VERDADERO PROBLEMA: LA COMPLEJIDAD DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

No obstante, después de emitido el acuerdo plenario 002-2016 aparece un cuestionamiento sobre la evidencia delictiva en los procesos de omisión a la asistencia familiar. Antes del acuerdo, se creía – erróneamente – que para la

configuración del delito solo bastaba acreditar la obligación impuesta en la vía civil, mediante copia certificada de la sentencia que fija pensión alimenticia, la resolución que establece la liquidación de las pensiones devengadas (y su consentida); y, su incumplimiento, con las copias certificadas de las notificaciones requiriendo el pago de la pensiones alimenticias devengadas; anexando copia del requerimiento fiscal de pago que se le hace al imputado, como requisito de procedibilidad para incoar el proceso inmediato; razón por la cual no había necesidad de realizar más actos de investigación que esos, constituyéndose como la prueba evidente, recayendo de esa manera dentro del supuesto de “delito evidente”.

Así pues, teníamos que todos los delitos de omisión a la asistencia familiar se constituyeron como casos fáciles, con prueba evidente. Sin embargo, la Corte Suprema ha expresado ya, que debe probarse también la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación.

Es esta la razón por la cual podría existir cierta incompatibilidad entre el proceso inmediato y el delito de omisión a la asistencia familiar. Debido a que en el segundo debe probarse la capacidad económica del imputado como parte del tipo penal objetivo (íntimamente relacionado con el dolo), actividad que aparentemente no resulta fácil en el proceso penal, puesto que la capacidad económica en realidad demanda actos de investigación que podrían ser diversos e inagotables en todo el sentido de la palabra, que en realidad depende de la actuación de las partes en fuera y dentro del proceso. Por lo que habría que preguntarnos ¿cuál es la manera ideal de probar la capacidad económica del imputado? La respuesta nos podría resultar muy complicada, y de hecho lo es.

La solución demanda en realidad todo un proceso de investigación destinado a resolver la manera idónea de probar la capacidad económica del imputado en un proceso por omisión a la asistencia familiar, siendo que si ésta resulta ser compleja – y más aún en un país como el nuestro en donde abunda la informalidad –, no reuniría las características del denominado delito evidente, el mismo que ha sido entendido como “ aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda” (Brichetti, citado por la Corte Suprema, 2016) y por tanto no ameritaría incoarla en proceso inmediato, sino en uno común, regresando de esa manera a la antigua fórmula procedimental; sin embargo en el presente trabajo no nos dedicaremos a resolver el cuestionamiento del proceso inmediato como vía idónea para los delitos de omisión a la asistencia familiar; empero, por nuestra parte creemos que la complejidad del proceso penal de omisión a la asistencia familiar, siempre dependerá de la participación de las partes, y específicamente del imputado (como lo expondremos más adelante al tratar el tema de debate de la presente investigación), en el sentido de la cooperación que pueda aportar al proceso.

El problema se puede dar de muchas maneras, por ejemplo: cuando el imputado se apersona ante el requerimiento fiscal – en la etapa de investigación preliminar - , se opone a razón de que ya pagó o de que en el tiempo de las pensiones devengadas se encontraba en incapacidad económica de poder pagar. En el caso de alegar que ya pagó, el fiscal podría oficiar al banco oficial del Estado pidiendo un informe sobre los depósitos hechos por parte del obligado, siendo que del resultado de éste se podrá determinar la veracidad o no de lo opuesto, sin embargo, probado aquello o no; ¿cómo prueba el fiscal que existe la capacidad económica?

De igual forma, si el abogado se apersona recién en la audiencia de incoación de proceso inmediato, y alega falta de capacidad económica durante el tiempo de las

pensiones devengadas, o siendo contumaz se apersona al juicio oral o es llevado compulsivamente por la policía judicial, y alega incapacidad económica. ¿Cómo prueba fiscalía que existe capacidad económica? ¿Cómo acredita su plena capacidad económica para el de pago de la pensiones? ¿Debería el fiscal oficiar a todas las entidades de salud pidiendo historial clínico del imputado cuando alegue falta de capacidad económica por enfermedad? O ¿debería oficiar a todos las empresas pidiendo informe sobre algún vínculo laboral con el mismo? Y una última pregunta ¿debería hacerlo el fiscal? Pues visto del derecho-principio de la presunción de inocencia, es al Ministerio Público a quien le corresponde la carga de la prueba, siendo a él quien le correspondería probar la capacidad económica del imputado. Y lo mismo sería en la etapa de juicio inmediato.

Como podemos observar el problema en realidad se genera a partir de la negativa del imputado, al alegar “ausencia de capacidad económica para cumplir con la obligación”; es decir, la complejidad de la probanza de la capacidad de económica depende de cuando este alegue falta o ausencia de capacidad económica para pagar las pensiones, ya sea antes o dentro del proceso.

3.2.5. LA COMPLEJIDAD EN LA PRUEBA DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA.

¿Por qué es (o sería) difícil probar la capacidad económica del obligado?

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la falta capacidad económica de un ciudadano obligado a pagar una pensión de alimentos siempre está relacionada en forma directa o indirecta a un hecho independiente que produce un menoscabo en su patrimonio. Esos hechos podrían deberse a múltiples circunstancias como por

ejemplo alguna afectación en la salud que cause incapacidad física o mental. También podría tratarse de un hecho de desempleo, o de una privación de la libertad, la cual no permitirá obtener ingresos económicos que permitan cumplir con la obligación.

En ese contexto, lo anteriormente dicho no presupone que todos los argumentos de defensa de falta de capacidad económica del obligado supondrán complejidad en su desarticulación con medios de prueba; pues como se dijo anteriormente mucho dependerá tanto del comportamiento del imputado durante la investigación preliminar como del proceso judicial – pues este puede colaborar a acreditar dicha condición –como del contenido y del argumento.

En tal sentido, para que el problema en concreto se presente, primero deberá existir una negativa en el comportamiento del imputado de colaborar a la actividad de obtener medios de prueba que ayuden a determinar el estado de su capacidad económica, ya sea porque nunca se apersonó al proceso hasta antes del juicio inmediato, o porque simplemente se negó a hacerlo. Y segundo, deberá presentarse una situación de dificultad para poder ofrecer el medio de prueba adecuado que acredite o desacredite el argumento de falta de capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación durante el tiempo en que se devengaron las pensiones, siendo así, los tesistas creemos que tal dificultad podría presentarse en dos hechos concretos: por un lado, **por causas relacionadas al trabajo**, tales como el desempleo o la reducción del salario, y por otro lado, de **causas relacionadas a la salud**, tales como la incapacidad física o mental.

Ahondando un poco en el tema, si bien es cierto, el Perú ha ido creciendo económicamente, este crecimiento, no ha sido suficiente para reducir la informalidad

laboral que existe en gran sector de la sociedad peruana. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística e informática (INEI), la tasa de empleo informal en la zona urbana, llegó a 65,7 en el 2018 e igualó a la población registrada en el 2017, lo que ocasionó que la población ocupada, urbana con empleo informal creciera en alrededor de 192.800 personas.

Como es de verse pues, siendo la informalidad una “modalidad” de empleo, sin registro ni beneficios, hace difícil la labor del operador de justicia, de determinar, de manera exacta y precisa, la capacidad económica de un ciudadano a quién se le está procesando por pensión alimentos y posteriormente denunciando por omisión a la asistencia familiar. De tal manera que, si alguien alegara que durante el tiempo en que se devengaron las pensiones alimenticias, no estuvo trabajando por alguna enfermedad o circunstancia ajena a su voluntad, no habrá manera de probar lo contrario debido a ese factor de la informalidad.

Y en el mismo caso, resultará difícil también probar que no estuvo incapacitado económicamente por alguna enfermedad, toda vez que resulta imposible que se requiera a todas las entidades de salud – existiendo tantas – para que remitan historial clínico del investigado, donde se acredite su incapacidad física; imposibilidad que puede generar absoluciones, tal como sucedió en lo resuelto por la Sala de Apelaciones de Tumbes, quiénes absolvieron al imputado por no haberse acreditado su incapacidad física como causal de su falta de capacidad económica, con la salvedad que el Ministerio Público no ofreció ningún medio probatorio destinado a ello, y aún en el supuesto de que haya tratado de hacerlo, creemos que habría sido muy dificultoso, y hasta casi imposible sin ayuda o referencia del imputado.

Estando así las cosas, debemos partir de la idea de que la ausencia de capacidad como un argumento de defensa del imputado – dependiente de la cusa que alegue y que específicamente se encontraría dentro de las antes mencionadas – cobra importancia en la etapa pertinente de su probanza, que es la de juicio inmediato. Siendo que dicho argumento en otras etapas del proceso, no generan mayor problema, ya que siempre el destino final será el juicio inmediato, en donde siempre que, se oponga el imputado, generará dificultad en la actividad fiscal para poder actuar prueba que acredite su tesis fiscal.

Los testistas estamos convencidos de que el problema a investigar tiene su desarrollo en la etapa de juicio inmediato, que es la etapa en donde se oralizarán los medios de prueba que tienen como objetivo acreditar la tesis del acusador o de la defensa, ya que por lo general en los delitos de omisión a la asistencia familiar recién existe participación del imputado en la etapa de juicio, y aun cuando participe en las etapas anteriores alegando falta de capacidad económica para cumplir con su obligación de alimentos durante el tiempo en que devengaron las pensiones, de darse el caso que el imputado colabore con el proceso desde la investigación preliminar (antes de incoarse el proceso inmediato e incluso luego de hacerlo) no habrá mayor problema ya que el proceso encontraría su fin, empero de no darse el caso de encontrar colaboración de obligado, a tal punto que aquello genere que el fiscal no tenga forma de comprobarlo – su falta de capacidad - por la misma complejidad de su probanza, al final terminará siendo resuelto en la etapa de juicio inmediato, pues para incoar bastarían las copias certificadas de los actuados en el proceso civil . Entonces para que quede claro: **el presente trabajo parte desde la etapa del juicio oral.**

3.2.6. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA.

Como ya se ha precisado la etapa pertinente para debatir sobre la capacidad económica del imputado, es la del juicio inmediato y por lo tanto las reglas aquí desarrolladas deberán ser razonadas por el Juzgador. Y decimos reglas, porque no buscamos que se traslade la carga de la prueba hacia el imputado en todos los casos, sino en aquellos, en los que el Juez considere que es necesario, ello debido a que se reúnen ciertas características que hacen necesaria y obligatoria la participación activa del investigado, en cuanto materia de probanza, máxime si es aquel quien ha invocado la ausencia de capacidad económica para cumplir con las pensiones alimenticias devengadas

En el desarrollo de la presente tesis, se ha esbozado ya, que las teorías de las cargas dinámicas probatorias, tienen su sustento tanto en el principio de solidaridad, ya que las partes deben colaborar a la resolución del conflicto, para llegar a la “verdad procesal”; como el principio de disponibilidad y facilidad, las cuales están referidas al onus probandi, en la medida en que una de las partes se encuentre en mejores condiciones para probar el supuesto de hecho respecto del cual persigue un efecto jurídico deseado. Son estos los dos principales fundamentos, a nuestro criterio, los que justifican la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a los procesos de omisión a la asistencia familiar.

En primer lugar, porque quien alegue ausencia de capacidad, en virtud del principio de solidaridad, se entiende que está afirmando un hecho verdadero, y por lo tanto, siendo que ese hecho es verdadero, lo lógico es que sea el más interesado en llegar a esa verdad, por lo tanto, no debería crear en el imputado, problema alguno en aportar

el medio de prueba que ayude alcanzar dicha verdad, además, que debemos recordar, que es deber de las partes ayudar a alcanzar dicho propósito.

Y en segundo lugar porque en virtud del principio de disponibilidad y facilidad, quien alegue ausencia de capacidad económica durante el tiempo en que se liquidaron las pensiones alimenticias devengadas, para que se pueda trasladar el onus probandi hacia su persona, la prueba destinada a acreditar su ausencia de capacidad económica, deberá encontrarse dentro de su ámbito de dominio, es decir, en un espacio en el que pueda disponer de ella, o le sea fácil acceder para poder ofrecerla.

En tal sentido pues, de darse dichas condiciones, y de manera específica, el principio de disponibilidad y facilidad – pues el principio de solidaridad estará presente, ya que en los procesos por omisión a la asistencia familiar, siempre será importante el principio de solidaridad, debido a que lo protegido por el tipo penal, son los deberes de asistencia a la familia, entre ellos los hijos, y siendo que el interés superior del niño es un principio que goza de máxima protección constitucional, siempre deberá hacer prevalecer la solidaridad en aras de protección del menor alimentista – será totalmente admisible invertir la carga, o si se quiere decir en otras palabras, trasladar el onus probandi.

Sin embargo, como ya se ha desarrollado, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, no solo obedece a los antes referidos principios, sino también a otros que explicarían en el presente caso del por qué no atentarían contra el derecho de presunción de inocencia del investigado.

Es por ello, que el principio de excepcionalidad, juega un rol muy importante en el presente caso, ya que no se recurrirá al traslado de la carga de la prueba hacia el imputado, en todos los casos, sino solo de manera excepcional en aquellos que el

Juez considere que realmente el imputado deba realizar actividad probatoria, debido a la circunstancias de complejidad que se presenten para desvirtuar la falta de capacidad económica que alega el imputado, pudiendo ser de manera específica aquellos relacionadas a causas de salud o de trabajo, siempre dependiendo de la evaluación que realice el juez sobre el argumento de defensa vertido por el imputado.

3.2.7. EL DEBER DEL FISCAL DE REALIZAR ACTOS MÍNIMOS DE INVESTIGACIÓN Y APORTAR PRUEBAS QUE NO DEMANDEN MAYORES PROBLEMAS EN SU VALORACIÓN.

La complejidad que genera la oposición radica en que el imputado ha introducido un supuesto de incapacidad económica, por lo que el fiscal debe realizar actos de investigación destinados a confirmar o desvirtuar lo alegado, lo que se torna complejo, pero si no existiera esa posibilidad de incapacidad, ¿se tornaría complejo para incoar un proceso inmediato? Por supuesto que no.

En realidad, si no hay oposición del imputado, en la audiencia de incoación de proceso inmediato, el juez de investigación preparatoria se limitará a confirmar la simplicidad del delito y la existencia de evidencia delictiva. Ahora, de ningún modo, en dicha audiencia, el juez podrá determinar que la evidencia delictiva no es suficiente, o que el proceso dado que la evidencia no es suficiente, no es simple, y esto es porque para determinar aquello existe una etapa de juicio inmediato, donde el juez puede condenar o absolver según la valoración que le dé a la evidencia actuada en juicio.

En ese sentido, es totalmente posible incoar un proceso inmediato de omisión a la asistencia familiar, aún en ausencia de pronunciamiento alguno del imputado o aún con pronunciamiento de éste sobre su ausencia de capacidad, siempre que este haya

sido válidamente notificado claro está, para lo cual solo bastará: acreditar la obligación impuesta en la vía civil, mediante copia certificada de la sentencia que fija pensión alimenticia, la resolución que establece la liquidación de las pensiones devengadas (y su consentida); y, su incumplimiento, con las copias certificadas de las notificaciones requiriendo el pago de la pensiones alimenticias devengadas; como requisito de procedibilidad para incoar el proceso inmediato.

Asimismo, se explicó, que la evidencia delictiva requerida en el proceso de inmediato implica también la necesidad de efectuar actos de investigación mínimos que aporten medios de prueba que generen dicha evidencia en el juzgador. Siendo que los procesos de omisión a la asistencia familiar por encontrarse dentro de los denominados delitos evidentes, demandan actos de investigación mínimos. Pero, ¿destinados a qué? Obviamente destinados a probar la capacidad económica del imputado, puesto que es lo único que falta.

En tal sentido, el propósito de la presente tesis en cuanto a la aplicación de las cargas dinámicas probatorias, en modo alguno radica en invertir la carga de la prueba librando con ello al Ministerio Público en su obrar de *probar* o de eximirle de la carga de la prueba que le corresponde por principio, sino que, tal como se ha expuesto en lo puntos anteriores, se debe contar con actividad probatoria por parte del Ministerio Público destinada a acreditar la capacidad económica del imputado, obedeciendo a los principios de imputación necesaria y de suficiencia probatoria, debiendo expresarse en términos exactos y concretos los hechos imputados y de los suficientes elementos que acrediten tales hechos, así como del principio de objetividad, ya que el fiscal está destinado tanto a buscar elementos de cargo como de descargo. En otras palabras, para que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas probatorias sea totalmente factible es necesario que el

Ministerio Público cumpla con realizar su labor de aportar elementos de prueba que acrediten el real estado de capacidad económica del imputado durante el tiempo que devengaron las pensiones alimenticias; de tal manera que si al final no puede acreditarse ello, no sea por una causa imputable al Ministerio Público – por hacer nada – sino, por la dificultad de la prueba y de la negativa del imputado a colaborar en su obtención, lo que a su vez generará que le Juez traslade el onus probandi hacia el imputado.

Asimismo, la actividad probatoria antes descrita debe ser mínima o al menos suficiente, para crear convicción en el Juez de la existencia de dicha capacidad, a través de los famosos “indicios”. Ahora ¿por qué mínima? Justamente porque nos encontramos dentro del proceso inmediato. Y siendo que, ante la falta de posibilidad o facilidad de probar por cuestiones de accesibilidad ante lo alegado por el imputado, es que el juez puede invertir el onus probando al imputado. Es en esta línea que se ha pronunciado lo afirmado la Corte Suprema de Colombia en su sentencia 33.660 del 25 de mayo de 2011, cuando ha referido:

De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación (...) La dinámica probatoria característica de un proceso acusatorio, implica superar la visión sobre que la controversia de la prueba se entendía satisfecha a través de un mero ejercicio argumentativo de la parte acusada (...) la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, **sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador.** (El subrayado y negrita es nuestro)

Por lo tanto, lo que debe quedar en claro, no es que el Acusador quede exento de probar, por el contrario lo hará; sin embargo, no puede exigírsele rigurosidad en tema probandi,

toda vez que hacerlo resulta muy difícil y más aún cuando la situación laboral es informal, o cuando alegan incapacidad física como causa de ausencia de capacidad económica. De esta manera, el fiscal por ejemplo, además de las copias certificadas de los actuados del proceso civil, podría presentar: i) la copia del DNI o la constancia de FICHA RENIEC la cual puede acreditar que el imputado se encuentra dentro del rango de edad estándar de trabajo, ii) algún reporte de la SUNAT o de SUNARP para acreditar bienes y negocios, iii) también podría acreditar con el CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES, para probar que durante el tiempo en que devengaron las pensiones sobre el imputado no recaía alguna pena privativa de libertad efectiva que anule su capacidad económica, iv) Disponer evaluación física y/o psicológica del investigado, para acreditar que su estado de salud no interferido en su capacidad económica; entre otros actos.

En suma, teniendo en cuenta los criterios antes establecidos y siempre que se den dichas condiciones, se hace posible trasladar el onus probandi de la capacidad económica del imputado en los procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar sin que se vulnere con el principio de presunción de inocencia que le corresponde al imputado.

3.2.8. CASUÍSTICA

Esta sentencia de vista fue emitida en el Distrito judicial de Tumbes, recaído en el expediente N° 346-2010-10, en el que con resolución N°17, de fecha 22 de diciembre del 2010, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de Tumbes revocaron la sentencia que condenaba a Genaro Marcial Vargas Astudillo, como autor del delito de omisión a la asistencia familiar, y lo absolvió, esbozando como fundamentos:

- Que el Ministerio Público al ser el titular de la acción penal y tener la carga de la prueba, no había llevado a cabo ni un solo acto de investigación destinado a acreditar el dolo, ni mucho menos se actuó prueba alguna que acreditara la capacidad física del imputado para estar en la aptitud regular de poder cumplir la obligación.
- Que lo actuado en vía extrapenal servía de sustento para incoar proceso inmediato, pero que no era suficiente para determinar la responsabilidad penal, donde es necesario verificar el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del referido tipo penal.
- Que, el imputado durante el desarrollo del proceso tenía conocimiento de su obligación, pero a su vez señaló que no cumplió con ella porque se encontraba enfermo, y que fue conocimiento también del Fiscal en la etapa de investigación preparatoria, lo cual merecía una actividad mínima de investigación de parte de éste, la misma que hubiera estado orientado a desvirtuar el argumento de la defensa y acreditar de manera contundente el dolo.
- Que, finalmente, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, existía duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que es favorable al imputado pues en virtud del principio de inocencia, que a su vez requiere una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, correspondía absolver al imputado.

a. ANÁLISIS CRÍTICO

Lo primero que puede advertirse en dicha sentencia, es que la Sala Penal de Apelaciones de Tumbes se adelantó muchos años a la Corte, pues desarrolló el concepto de la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación de alimentos como parte del tipo penal objetivo en íntima relación con el tipo subjetivo.

En esa misma línea ha reconocido que es el fiscal quién tiene la carga de la prueba en el proceso penal, por lo que debió corresponderle a él probar el argumento de defensa del imputado, el cual estaba referido a que no contaba con capacidad económica para cumplir con la obligación por motivos de enfermedad. Siendo así, y al verificarse que el Ministerio público no realizó un solo acto de investigación, se decidió absolver al acusado por existir duda sobre su capacidad económica; sin embargo aunque estamos de acuerdo con lo referente al tipo penal, no estamos de acuerdo con la posición asumida por los magistrados de la Sala de Apelaciones, pues se pudo a ver evitado la absolución del imputado – y de esa forma se pudo haber asegurado el pago de la pensión de alimentos – tomando como criterio la teoría de las cargas dinámicas probatorias aquí planteadas, por ello nos pronunciaremos sobre cada punto resuelto.

Respecto al argumento de que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene la carga de la prueba, estamos completamente de acuerdo, y por ello es que propusimos que el Ministerio Público aun cuando se trate de la omisión a la asistencia familiar tiene que desarrollar actividad probatoria destinada a acreditar la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación; y en el presente caso El

representante del Ministerio Público no había llevado a cabo ni un solo acto de investigación destinado a acreditar el dolo, ni mucho menos se actuó prueba alguna que acreditara la capacidad física del imputado para estar en la aptitud regular de poder cumplir la obligación; conducta totalmente reprochable y que no debe ser motivo de ejemplo.

Por otro lado, que lo actuado en vía extrapenal servía de sustento para incoar proceso inmediato, solo lo es en cuanto a la obligación y su incumplimiento; pues en el proceso penal además se ello se requiere también el dolo. Por ello es que la capacidad económica como elemento del tipo penal omisivo de asistencia familiar, debe ser acreditada a efectos de determinar si es delito o no, pues recordemos que el derecho penal es de última ratio y no toda causa merece el ius puniendi del estado; en tal sentido es erróneo el razonamiento del Ministerio Público en este sentido y concordamos con la Sala Penal de Apelaciones en cuanto lo desarrollado en el proceso civil no era suficiente para determinar la responsabilidad penal, donde es necesario verificar el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del referido tipo penal.

Asimismo respecto a que el imputado durante el desarrollo del proceso tenía conocimiento de su obligación, pero a su vez señaló que no cumplió con ella porque se encontraba enfermo, y que fue conocimiento también del Fiscal en la etapa de investigación preparatoria, lo cual merecía una actividad mínima de investigación, ya se ha dicho que es correcto sin embargo, no es algo que solo le compete probar Ministerio

Público, pues como se ha desarrollado en la presente tesis también le competiría a la defensa acreditar sus argumentos de defensa. En tal sentido el Ministerio Público debió aportar actos mínimos que acrediten la capacidad económica del imputado, pero creemos que éste también pudo haber aportado elementos de prueba que acreditaran esa falta de capacidad física que le impidió el cumplimiento de obligación ya que fue él quien ofreció ese argumento de defensa. ¿No sería muy fácil para el imputado acreditar que estuvo incapacitado físicamente adjuntando el informe médico, historial clínico o certificado de incapacidad respectivo?

Estando así las cosas, en el caso concreto el Juez a cargo del juzgamiento al advertir el argumento de defensa del imputado – según la teoría de las cargas dinámicas probatorias aquí desarrolladas – debió evaluar si acreditar la falta de capacidad económica producida por la incapacidad física que alegó el imputado haber sufrido, era de difícil probanza, y siendo así debió haber evaluado si dicho elemento de prueba le era más accesible o fácil de conseguir al imputado que al Ministerio público.

De cumplirse estas condiciones y al advertirse que el medio de prueba le era favorable al imputado, el juez, de manera excepcional debió trasladar la carga de la prueba al imputado y exigirle a éste que presentara el documento que acreditara su falta de capacidad económica, teniendo en cuenta además el principio de solidaridad, pues suponiendo que lo alegado era verdad, resulta que es deber las partes apoyar a la resolución del proceso.

Es así como creemos que debió actuar el Juez de primera instancia, y la

Sala de apelaciones debió advertir esos errores, y no solo limitarse expresar que no se había demostrado el verdadero estado de salud del imputado, y que esa duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo le fue situación favorable al imputado pues en virtud del principio de inocencia; por el contrario debió esgrimir las razones que expusimos en el presente capítulo y declarar nulo todo lo actuado en juicio inmediato a efectos de que se desarrolle nuevo juicio a efectos de acreditar la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. MÉTODO DESCRIPTIVO:

El método que se utilizó es el descriptivo; debido que con la presente investigación, en una primera etapa se pretendió realizar una descripción del fenómeno en estudio, respecto a este método sostiene De Canales (citado por Aranzamendi, 2010) que el método descriptivo es la fase preparatoria de la investigación, la cual ayuda a ordenar el resultado de la misma, así como sus características, entre otros elementos.

3.1.2. MÉTODO DOGMÁTICO FUNCIONAL:

Por lo que se partió de conceptos jurídicos, instituciones jurídicas y lo circundante a la norma jurídica y al problema que se plantea; y para ello se recurrió a la jurisprudencia del DERECHO COMPARADO. (Ramos, 2002).

3.2. ESTRATEGIA DEL ESTUDIO

El diseño de la presente tesis es:

3.2.1. HISTÓRICO – JURÍDICO:

Ya que según Aranzamendi (2013) con la presente investigación se ha considerado imprescindible realizar un seguimiento histórico crítico y analítico de una o varias instituciones, hechos y fenómenos jurídicos. Es así, que por medio de este diseño se evaluó la evolución del proceso penal y la carga de la prueba, hasta su concepción actual.

3.2.2. DESCRIPTIVO – PROPOSITIVO

Descriptivo, porque como sostiene el profesor Aranzamendi (2013) se describirá las partes y rasgos de los fenómenos facticos o formales del Derecho (p.79). Es esta

manera, sobre este diseño, en la presente investigación en base a la técnica de la recopilación documental, se describió y analizó la doctrina, la casuística (sentencias judiciales que son del derecho comparado: Colombia) así como la legislación pertinente. Y propositivo, como arguye el profesor Aranzamendi (2013), porque está encaminado por la ausencia o poca investigación que existe sobre un problema o fenómeno jurídico, o también podría darse cuando existe un en normas jurídicas, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria. Siendo así, en la presente investigación es propositiva, también porque se dio una propuesta teórica para mejorar el sistema jurídico, esto es, se propusieron criterios que coadyuven a un proceso penal por omisión a la asistencia familiar justa y garante.

3.2.3. JURÍDICO- EVALUATIVO:

Pues es un trabajo de investigación que a partir de los resultados obtenidos se propusieron recomendaciones. En ese sentido señala Aranzamendi (2013) que éste diseño permite dar una apreciación sobre un hecho, caso o fenómeno, ya sea de naturaleza jurisdiccional, social, económica o política de relevancia jurídica convertido en problema. En ese sentido, en la presente investigación, se aplicó para evaluar la aplicación de un pronunciamiento jurisdiccional con carácter vinculante o el comportamiento de los funcionarios públicos y se buscó interrelaciones entre las variables planteando soluciones o adoptando posiciones.

3.2.4. JURÍDICA – COMPARATIVA:

Resultó importante el diseño comparativo, ya que se usó para identificar las similitudes o diferencias normativas y teóricas en los sistemas normativos distintos al nuestro, lo que nos amplió la visión de las realidades socio jurídico en ponderación a

la nacional. Así pues, señalaba Lambert (citado por Aranzamendi, 2013) que el Derecho comparado se constituye como el estudio comparativo de los sistemas legales pasados o vigentes, así como de otras fuentes.

3.3.UNIVERSO MUESTRAL

3.3.1. MUESTRA POR OPORTUNIDAD:

Según Casal y Mateu (2003) el muestreo por oportunidad o también llamado muestreo por conveniencia, o accidental, consiste en el procedimiento de muestro cuantitativo en el que quien investiga, selecciona a los participantes, ya que están disponibles y dispuestos para ser estudiarlos. En el presente caso se tomó como muestra un caso de Omisión a la Asistencia Familiar tramitado en la Corte Superior de Justicia de Tumbes, tramitado con el expediente Exp. 346-2010-10, donde ante la ausencia de capacidad económica del imputado se decidió absolverlo, caso que fue materia de debate en el tercer capítulo.

3.3.2. MUESTRA TEÓRICA:

Según Glasser y Strauss (1969), el muestreo teórico es el proceso de la recolección de datos que se usa para dar una teoría por la cual el investigador se encarga de seleccionar, codificar y analizar su información, para luego decidir qué información escoger, y dónde encontrarla para desarrollar su teoría tal la ha planteado o la plantea. En el presente caso, se tuvo como muestra teórica aplicable para esta investigación la teoría de las cargas dinámicas probatorias, la cual ha sido adaptada al proceso penal, en los delitos de omisión a la asistencia familiar.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

- **Técnicas de Investigación Documental:** Siendo necesaria para procesar la información disponible en los procesos de investigación y recopilación documental.

- **Instrumento:**

Fichaje.- Destinado a la canalización de la información recolectada.

- **Fichas Bibliográficas:** Empleada para la localización de la fuente bibliográfica, práctica y segura.
- **Fichas Textuales:** Para plasmar las distintas ideas que expresan diversos autores sobre el tema a investigar.
- **Fichas Personales:** constituye nuestro aporte sobre el tema a investigar.
- **Fichas Resumen:** Utilizada para resumir la información contenida en libros, revistas y todo tipo de documentos que ayuden al desarrollo de la presente investigación.

- **Aplicación:**

La técnica de análisis documental se aplicó en nuestra investigación con la recolección de información teórica y doctrinaria recabada mediante el uso de las fichas, lo cual fue un instrumento útil para la elaboración del marco teórico y manejo de casuística.

- **Técnica de encuesta:** consiste en un listado de preguntas que se hace a un grupo de personas para agrupar datos u opiniones sobre determinado tema.

- **Instrumento:**

Cuestionario. - Conjunto de preguntas que deben ser contestadas en una encuesta.

- **Aplicación:**

Se usó para profundizar en la problemática y aunque no se pudo obtener ideas de magistrados y abogados sobre más criterios que el ya planteado, no ayudó a entender cómo es nace el problema.

3.5.TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Siendo una investigación cualitativa, se usó la técnica de investigación documental para hacer el análisis de la doctrina recabada así como de los fundamentos esgrimidos en la jurisprudencia del derecho comparado, lo cual fue contrastado con nuestra realidad jurídica.

3.5.1. ANÁLISIS DE CONTENIDO;

Según Hernández, Fernández y Baptista (2014), es una técnica de investigación cuyo fin, es la descripción objetiva sistemática y cuantitativa del contenido. En tal sentido, en nuestra investigación, esta técnica nos sirvió para que después la recolección de datos, podamos analizarlos e ir descubriendo nuevos conceptos, patrones, temas y categorías presentes en los fragmentos extraídos de los libros, revistas, páginas web institucionales, entre otros, dándoles sentido, integrándolos e integrándolos.

3.5.2. BITÁCORA DE ANÁLISIS:

Según Hernández, Fernández y Baptista (2014) esta técnica versa sobre anotaciones respecto a las ideas, conceptos, significados, categorías e hipótesis que van surgiendo del análisis de los contenidos recolectados. Esto nos ayudó en gran medida, pues nos permitió encontrar criterios que ayuden al desarrollo de nuestra investigación.

3.5.3. TÉCNICA DE CORTE O CLASIFICACIÓN:

Según Hernández, Fernández y Baptista (2014), esta técnica sirve para agrupar la información recolectada relacionada conceptualmente. De esta manera la información

que conseguimos, fue plasmada y estructurada en cuatro capítulos, contruidos de forma a fin, según su contenido, de tal manera que nos permitió postular un marco teórico.

3.6.PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Se usó la técnica de fichaje y encuestas, en este procedimiento de investigación, lo que permitió recolectar y procesar datos situacionales de modo eficaz, siendo aplicado a Jueces, fiscales y abogados.

Así también se recabó información doctrinaria al realizar búsquedas y consultas de material doctrinario en bibliotecas y en la red, información que fue obtenida canalizada y sistematizada de acuerdo a los datos requeridos por los distintos capítulos, con la guía y sugerencias de nuestra asesora de tesis.

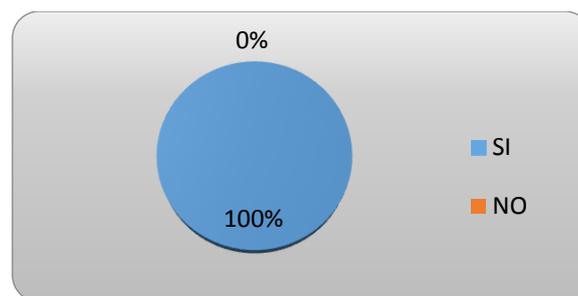
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. RESULTADO 1

Los operadores de justicia desconocen la existencia y/o contenido del elemento objetivo del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, referido a la capacidad económica del imputado y que está íntimamente relacionado al dolo, lo cual debe ser materia de prueba en el proceso penal.

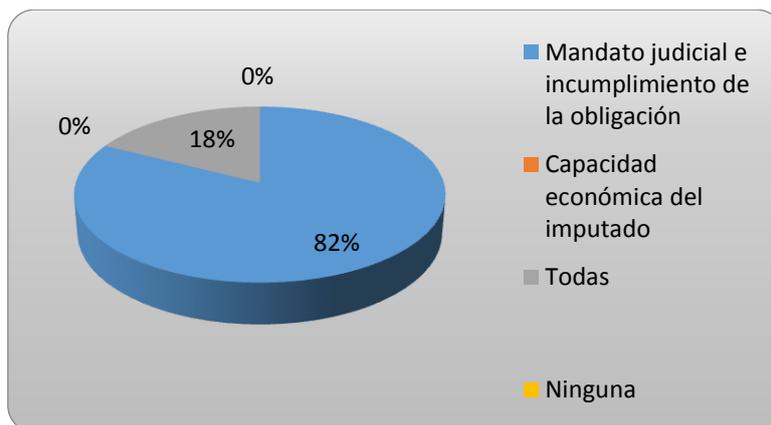
DISCUSIÓN DE RESULTADO 1

Al respecto, de las encuestas aplicadas a efectos de conocer la problemática, se ha obtenido que el 100% de los encuestados tuvo a su cargo y/o conoció procesos penales de omisión a la asistencia familiar, tal como puede advertirse del cuadro que se muestra a continuación



Fuente: realizada por los tesisistas

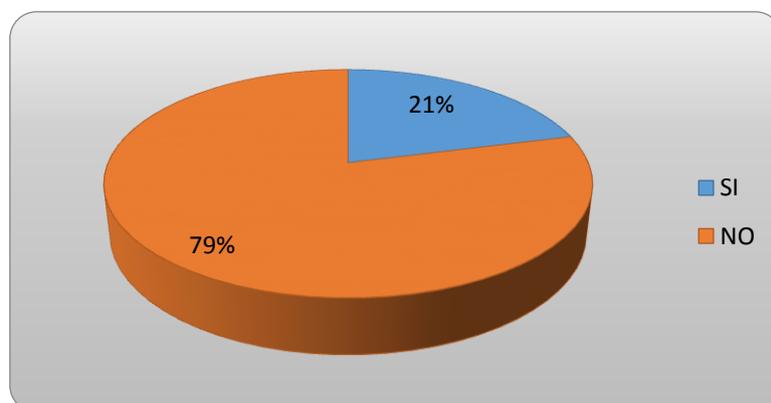
Asimismo teniendo en cuenta que todos los encuestados han tenido procesos penales de omisión a la asistencia familiar a su cargo, ante la pregunta **¿Cuáles considera usted que son elementos del tipo objetivo del delito de omisión a la asistencia familiar?**, obtenemos lo siguiente:



Fuente: realizada por los tesisistas

Advirtiéndose que solo el 18% de los encuestados conoce que la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación, mientras que el 82% de los encuestados sigue pensando que el mandato judicial y el incumplimiento de la obligación son los únicos presupuestos del tipo penal.

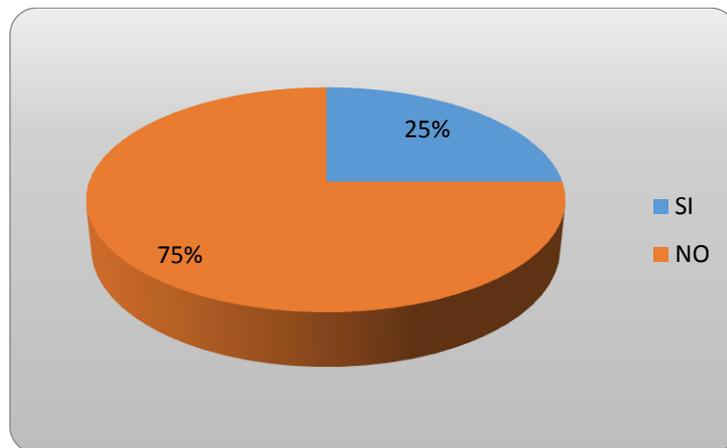
En ese contexto, también se les preguntó si **al momento de resolver, investigar o patrocinar sobre un delito por omisión a la asistencia familiar, valora, recaba y/o ofrece (respectivamente) elementos de prueba destinados a acreditar si el imputado contaba o no con capacidad económica para cumplir con la obligación de alimentos**, obteniendo como resultado lo que detalla el gráfico que se muestra a continuación:



Fuente: realizada por los tesisistas

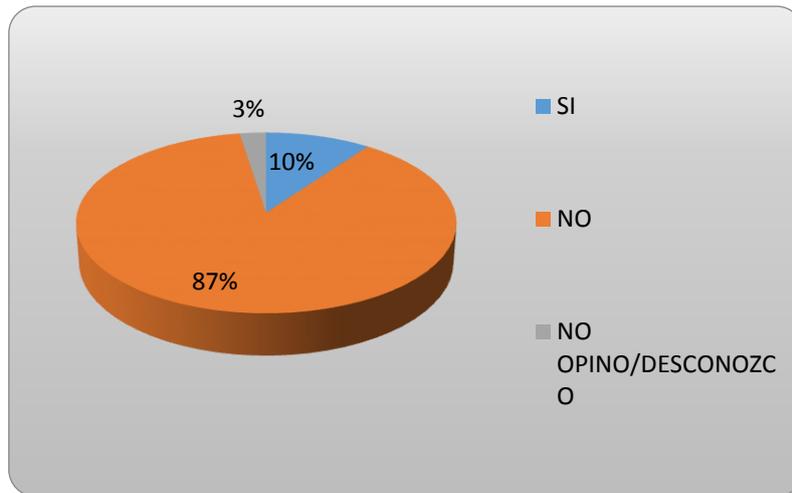
Advirtiéndose que el 21% si tenía en cuenta elementos de prueba destinados a acreditar si el imputado contaba o no con capacidad económica para cumplir con la obligación de alimentos y un importante 79% de los encuestados no lo hace o hacía; lo cual demuestra la poca importancia que se le da a la capacidad económica como parte del tipo penal del delito de omisión a la asistencia familiar.

Y aunque un pequeño 25% conoce **que el acuerdo plenario N° 002-2016 enumera a la capacidad económica del imputado como un elemento objetivo del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, el cual debe ser materia de prueba**, un mayoritario 75% lo desconoce, tal como se muestra en el siguiente cuadro:



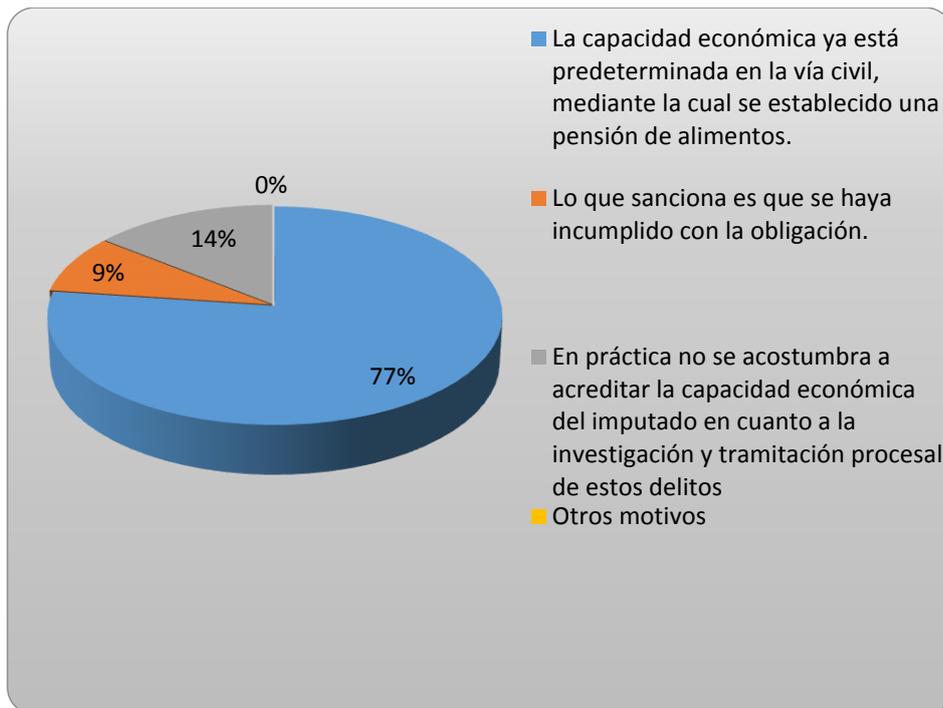
Fuente: realizada por los tesisistas

Y una vez conocido por todos los encuestados, pues se hizo constar la información en la cuenta antes de contestar la pregunta N° 05, que dice: **Sobre la pregunta anterior ¿usted considera correcto lo esbozado por la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 002-2016?**



Fuente: realizada por los testistas

Como se observa del cuadro, se obtuvo que el 87% consideró que el razonamiento esgrimido por la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 002-2016 es incorrecto, y tan solo un 10% lo consideró correcto; advirtiéndose que aun conociendo los alcances de dicho acuerdo plenario, los profesionales del derecho siguieron desestimando la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación de alimentos como parte del tipo penal; y ello se debe principalmente a que el 77% de los que dijeron que era incorrecto piensa que la capacidad económica ya está predeterminada en la vía civil mediante la cual se estableció una pensión de alimentos, un 9% piensa que lo que se sanciona es el haber incumplido la obligación y un 14% opina que en la práctica no se acostumbra acreditar la capacidad económica del imputado, tal como puede advertirse del siguiente cuadro



Fuente: realizada por los tesisistas

En suma, del análisis de los resultados expuestos, al momento de que se tramita dicho delito mediante el proceso inmediato se puede concluir que:

- i) Los fiscales no se preocupen por recabar actos mínimos destinados a recabar elementos de convicción que acrediten la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación durante el tiempo en que devengaron las pensiones alimenticias;
- ii) Los abogados defensores, sean públicos o particulares, no se preocupen en enfocar su teoría del caso sobre el elemento de la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación; y,
- iii) Las jueces sentencien sin siquiera pronunciarse por el elemento de la capacidad económica del imputado, ya que no es materia de prueba causando perjuicio al imputado pues vulnera sus derechos fundamentales.

Sin embargo, resulta necesario hacer algunas precisiones a efectos de informar a los profesionales del derecho sobre lo que realmente debe debatirse en los procesos de omisión a la asistencia familiar.

Johannes (1980) señala que la omisión punible se verifica “si existe la posibilidad física real de evitar el resultado”. Es así, que el citado autor señala que sólo se exige jurídicamente lo que al destinatario de la norma es posible física y realmente en la situación de peligro. Lo que es objetivamente imposible, no se puede conceptualmente omitir.

Sobre la capacidad económica del imputado, Nakazaki (2017) ha expresado que el elemento típico del capacidad económica del imputado, es elemento de vital importancia para la configuración de la omisión punible, desde ya se señala como poco (por no decir no ubicado) buscado al resolver los cuantiosos casos judiciales que presentan; así que como contribución y siguiendo a Jescheck, a continuación se consigna el método adecuado para lograr la verificación del elemento típico comentado. Y es en ese sentido, que el acuerdo plenario 2-2016 señala que la sentencia y el incumplimiento del pago no son los únicos elementos suficientes para determinar la imposición de una sentencia condenatoria, sino que por su propia configuración típica, lo que sanciona no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir”; en consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamiento omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omita la conducta debida pudiendo hacerlo, pero son suficientes para estimar en clave de evidencia delictiva, y en principio, la admisión y procedencia del proceso inmediato.

Por lo tanto, no debe haber duda alguna, que en los delitos de omisión a la asistencia familiar, existe el elemento parte del tipo objetivo “de la capacidad económica del obligado”, para cumplir con la obligación, el cual se exige probar en el proceso penal

dada su estructura típica, pues así ha sido determinado tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente por la Corte Suprema, lo que además está íntimamente relacionado al dolo, pues el no cumplir por falta de capacidad económica, equivale a un “no cumplir por no poder hacerlo, y no por no quererlo”.

Estando así las cosas debe quedar por sentado ya, que la capacidad económica es parte del tipo penal y que debe ser materia de prueba en el proceso penal, lo cual no solo lo ha expresado la doctrina mayoritaria, sino también la Corte Suprema en un acuerdo plenario. Y ello porque al ser un tipo penal omisivo, la capacidad del individuo para realizar la acción exigida es parte de la estructura típica del delito, tal como lo ha referido Puig (1997).

Ahora bien, es de saberse ya, que anterior al proceso penal de omisión a la asistencia familiar, existe un proceso de naturaleza civil, que es el proceso donde se establece la pensión alimenticia del demandante; ello en base a dos razones: por un lado las necesidades del menor solicitante y por otro lado, la capacidad económica del demandado, tal como lo ha referido Carrasco (2018). En ese sentido, cuando en la vía civil se determina la pensión, se sobreentiende que el obligado está en la capacidad económica de asumir dicho monto. Esto a su vez ha generado una confusión en el campo jurídico, al creer erróneamente, que la capacidad económica establecida en la vía procedimental civil, persiste cuando el caso de incumplimiento de devengados está ventilándose en el fuero penal, y es por ello que alegan que no necesaria su probanza. Sin embargo, la idea resulta ser equivocada, toda vez que el derecho penal, no es un instrumento mediante el cual se puedan presumir situaciones, a diferencia del derecho civil. Pues como ya sido tratado, el estándar de prueba, a criterio de García (2014) en el nuestro derecho procesal penal, el estándar de prueba requerido es el del “más allá de toda duda razonable”; el cual, exige que “aun cuando la hipótesis de culpabilidad resulte

más probada que las hipótesis de inocencia, se requiere un esfuerzo adicional de parte de la acusación para satisfacer el estándar.

En tal sentido pues, la capacidad económica en el fuero civil es presumible; es decir, el Juzgador avizora que el demandado por alimentos podrá cumplir con el pago de la pensión de alimentos, sin embargo, en el derecho penal no se puede presumir tal cosa. De hecho, en el derecho penal no se debaten hechos futuros, sino hechos pasados, que en el caso concreto está enfocada en determinar la razón por la cual se incumplió con el pago de los devengados por concepto de alimentos. Es por ello, que para poder emitir una condena por omisión a la asistencia familiar, el Juez debe tener certeza de que el imputado haya incumplido porque no quiso, pudiendo hacerlo, y no porque no pudo. Lo que a su vez requiere que sea materia de probanza en el proceso penal; lo que desafortunadamente es desconocido por la mayoría de los operadores de justicia.

Lo expuesto líneas arriba ha ocasionado un gran problema en la administración de justicia, ya que hasta la fecha se han estado tramitando los procesos por omisión a la asistencia familiar, sin tener en cuenta el elemento de la capacidad económica del obligado, y siendo que con el pronunciamiento de la Corte en el acuerdo plenario 002.2016, no se han reparado en las consecuencias de cambiar dicha costumbre jurídica. De este modo, como se ha expuesto, al ser la capacidad económica material de probanza, demanda en realidad todo un proceso de investigación destinado a resolver la manera idónea de probar la capacidad económica del imputado en un proceso por omisión a la asistencia familiar, siendo que si ésta resulta ser compleja – y más aún en un país como el nuestro en donde abunda la informalidad –, no reuniría las características del denominado delito evidente, el mismo que ha sido entendido como “aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda” (Brichetti, citado por la Corte Suprema, 2016) y por tanto no ameritaría incoarla en proceso inmediato, sino en

uno común, regresando de esa manera a la antigua fórmula procedimental.

La solución ha dicho problema, ya ha sido resuelta en el presente trabajo de investigación, previendo de esa manera, criterios a tener en cuenta en dichos procesos, en cuanto a la carga de la prueba, proponiendo como teoría fundamental, las cargas dinámicas probatorias.

4.2. RESULTADO 2

El Ministerio Público es quien tiene la carga de la prueba en el proceso penal, ello como manifestación del principio de presunción de inocencia; sin embargo existe una concepción moderna sobre la carga de la prueba que es necesario analizar a efectos de mejorar el proceso penal peruano en cuanto a actuación probatoria se refiere.

DISCUSIÓN DE RESULTADO 2

Según Rosas (2005), la presunción de inocencia es el derecho que todo ciudadano tiene, de ser considerado inocente, hasta que no se haya declarado su culpabilidad, mediante sentencia firme, según las pruebas actuadas.

Por su parte Alexy (1993), señala que la presunción de inocencia encuentra las siguientes formas de expresión en el proceso penal: El derecho a la presunción de inocencia abarca las siguientes posiciones jurídicas concretas: (i) El derecho a que la carga de la prueba recaiga en el acusador; y, (ii) El derecho a no ser condenado si es que existe una duda razonable sobre su responsabilidad en el delito imputado.

Al respecto señala Ferrajoli (1995), que la presunción de inocencia adquiere doctrinariamente un valor constitucional como garantía de acceso a la justicia, relacionado con la definición de Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, sino relativo, y por lo tanto, puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria, por lo que la presunción de inocencia viene a ser un derecho fundamental y además una presunción iuris tantum, mediante la cual se considera inocente a todo procesado mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no exista prueba en contrario, es una presunción aparente; toda persona, desde que es imputada de la comisión de un delito puede favorecerse con esta presunción y no tiene que probar nada para que esta se aplique.

A partir de esa presunción se tiene que la presunción de inocencia no tiene carácter absoluto y la protección con que reviste al imputado en un extremo podría complicar su situación por cuanto está obligado a soportar los cargos que este estado le genera.

En ese sentido citando a Gozaini (2004), expresa que “el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación” siendo así es posible colegir el razonamiento de quien no participa en ostentar la oportunidad de aportación probatoria en la etapa de investigación preparatoria, podría ver disminuida la posibilidad de defender sus intereses en el proceso y en un eventual escenario perderlo; la carga está vinculada a un derecho de carácter procesal y se materializa en el derecho a probar,

La carga de la prueba recae en el Ministerio Público como defensor de la legalidad y los preceptos constitucionales que le son inherentes al ser persecutor del delito y titular de la acción penal, ello conforme a lo dispuesto en el Art. 14° de su la Ley Orgánica, en ese orden de ideas, se tiene que el Fiscal por la labor que realiza postula la teoría de la sospecha o comisión del delito en prima facie, por lo tanto en el acopio de elementos de convicción que sustenten dicha propuesta, tiene el deber de la carga probatoria.

En el proceso penal, la titularidad de la carga de la prueba la tiene quien acusa, en ese sentido el imputado tendría una facultad (no obligación) de aportar en la actividad probatoria a fin de probar su inocencia.

Por otro lado, la doctrina penal mayoritaria sostiene que no sería posible admitir la inversión de la carga de la prueba, Rojas (2010), por ejemplo, al tratar el tema del delito de enriquecimiento ilícito indica que, ante la evidencia inicial que justifica el delito o su hipótesis de tipificación que «no es un problema de inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos.

Por su parte, el Tribunal Supremo Español, fundamenta la imposibilidad de la inversión de la carga probatoria en cuanto a la presunción de inocencia bajo el razonamiento de que se presume que el imputado es inocente, aceptar la inversión de la carga de la prueba asumiría la inexistencia de dicha presunción, en tanto se consideraría como obligación al imputado acreditar algo que por principio procesal no tendría que hacer.

En ese sentido la defensa del investigado podría obtener una aportación complementaria, a fin de colaborar con los fines de la investigación dilucidando cuestiones que directamente el Ministerio Público, tardaría o vería complejo atribuir, más aún si se considera que de haber defectos en ella, sería el directamente afectado.

En esa coyuntura surge la posibilidad de adoptar teorías modernas que aprueben la inversión de la carga probatoria, lo cual tiene implicancias, por ejemplo en el proceso civil, en los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, sustentándose en la capacidad directa de disponibilidad que tiene quien posee la prueba para acceder a ella con facilidad.

Luna (2003), entiende el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del modo siguiente: « La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible a la otra acceder. El principio de facilidad exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respecto a la práctica de un medio probatorio, mientras que a la otra resulta más fácil o cómoda”.

Estando las cosas, resulta claro que para la comunidad procesal penal la carga de la prueba siempre la tendrá el ministerio Público; sin embargo los tesisistas discrepamos con ello, ya que actualmente nuestro código procesal penal – que ha tomado como modelo el procesal penal colombiano – a diferencia de antes del 2004 que era inquisitivo, hoy es acusatorio de tendencia adversarial, en donde se enfrentan dos partes: El Ministerio Público y el Imputado (asesorado de su defensa legal), por lo que en ese sentido, ambas partes deberían aportar medios de prueba para acreditar sus respectivas tesis por ser de tendencia adversarial.

Profundizando el análisis, dentro de la teoría de la carga de la prueba, tenemos a la teoría de la carga dinámica de la prueba; la cual, propugna admitir el desplazamiento de dicha carga a fin de permitir una aportación complementaria siendo aplicables los criterios de disponibilidad y facilidad de parte del imputado y podría ser aplicable en el proceso penal peruano; siendo que como investigadores planteamos la aplicación de dicha teoría pero de manera excepcional, lo cual será abordado en el siguiente resultado

4.3. RESULTADO 3

Es posible aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias en el proceso penal, tal como se advierte de su desarrollo que realiza la doctrina procesal y de la jurisprudencia penal colombiana, sin que aquello signifique atentar contra el principio de presunción

de inocencia.

DISCUSIÓN DE RESULTADO 3

Tal como se ha precisado en la discusión del segundo resultado, existe la necesidad de flexibilizar el principio de presunción de inocencia en cuanto a la carga de la prueba, a efectos de poder dotar con mayor eficacia el desarrollo de la actuación probatoria y posterior valoración de los medios de prueba ofrecidos en el proceso penal peruano. En tal sentido la teoría de las cargas dinámicas aparece como una teoría moderna, la cual si bien es cierto inició y por lo tanto pertenece al campo del derecho privado – derecho procesal civil - resulta plenamente aplicable al derecho procesal penal – Derecho público – sin aquello atente contra el principio de presunción de inocencia.

Para Trujillo (2007) la teoría de las cargas dinámicas probatorias, tiene como objetivo balancear el desequilibrio que se presenta en ocasiones por la aplicación de las reglas rígidas del onus probando. Lo que se da como solución al problema que producen las reglas inflexibles que se han impuesto sobre la carga de probar; tratándose de distribuir la carga de la prueba para que cada quien pruebe conforme a su interés en el proceso.

Según Vargas (2009) su aplicación se centrará al caso concreto, trasladando el deber de probar en aquella parte que se encuentre en mejores condiciones “profesionales, técnicas o fácticas de aportar la prueba respectiva.

Según la concepción antes afirmada, sería de imposible aplicación en el derecho procesal penal, toda vez que – como se precisado en la discusión de resultado II - quien tiene la carga de la prueba es el Ministerio Público, razón por la cual no podría hacerse un traslado del onus probandi a la parte acusada; pues hacerlo significaría aparentemente ir contra la presunción de inocencia, sin embargo aquello no es del todo cierto, ya que su aplicación se rige por reglas o formas; parámetros que deben tenerse en

cuenta al momento de aplicarse; es decir que esta teoría aplicada al derecho procesal en general, y específicamente al derecho procesal penal, de ningún modo sería *la regla general*, sino una medida excepcional.

Así lo ha afirmado Peyrano (2005) creador de la teoría tratada, quien ha expresado que su teoría reconoce a las reglas comunes del onus probando, como la regla general, y a la distribución de la carga probatoria, como regla excepcional, las mismas que se darán solo en aquellas situaciones en las que no se afecte el proceso. Lo que significará que es el Juez quien decide en qué casos debe aplicarse y en casos no, resultando perfectamente aplicable al de derecho penal y procesal penal, ya que aquí las decisiones se dan según el caso concreto y según lo que el juzgador considere pertinente.

Asimismo, a diferencia del proceso civil – en donde quien alega un hecho debe probarlo - de considerarlo necesario aplicarla, tratándose de derecho procesal penal, siempre se trasladará la prueba al acusado – lo contrario al proceso civil en el que se traslada el onus probandi a cualquiera de la partes que “tenga facilidad y accesibilidad” de prueba - pues este tipo de proceso por su naturaleza tiene como regla común que sea el Ministerio Público quien deba probar, siendo la regla excepcional trasladar dicha carga al imputado (Vásquez, 2005), siempre que mejores condiciones **profesionales, técnicas o fácticas** para ofrecer y actuar la prueba respectiva , lo que se fundamenta en lo que Peyrano (2005) ha denominado *la facilidad probatoria y disponibilidad de los medios probatorios* (principio de facilidad y disponibilidad), en el que se encuentra la parte a quien no le correspondía el deber de probar.

Así también se ha pronunciado Betancourt (2010), quien no solo ha aceptado que el aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias implica facilidad, accesibilidad y excepcionalidad, sino también invoca al principio de solidaridad, lo que entendemos como el deber que tienen las partes de colaborar y ayudar a la resolución del proceso

penal. Lo cual creemos que es correcto, ya que si el imputado alega un argumento de defensa que tenga ser probado – lo cual obviamente le favorece, pues es casi imposible que alegue una situación que lo perjudique – si éste está en mejores condiciones de ofrecer el medio de prueba, lo lógico es que la aporte al proceso pues de esa manera estará ayudando a la resolución del mismo, lo que resulta beneficioso para él. Siendo esto último otras de la reglas para su aplicación: Siempre que sea favorable al imputado. Pues debe suponerse que lo se deba probar por parte del acusado, es un argumento de defensa favorable para él, destinado a disminuir su o eximir su responsabilidad (Vásquez, 2005).

Ahora bien, los tesisistas creemos que a todas estas condiciones falta una esencial e importante, la cual es crucial a efectos de determinar si la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas afectarán al proceso penal (en concreto) o no; y esa es que el Ministerio Público debe hacer todo lo posible por recabar los elementos probatorios necesarios para acreditar su tesis acusatoria, es decir que el Ministerio Público debe cumplir con su labor de titular de la carga de la prueba siendo que dicho deber se trasladará siempre que lo alegado por el imputado como argumento de defensa resulte de mayor facilidad y/o accesibilidad probatoria para éste que para el acusador; por ello es que es de carácter excepcional.

En ese contexto es que se ha pronunciado la Corte Penal Colombiana en la sentencia 31.147 del 13 de mayo de 2009, un ciudadano fue acusado del delito de omisión de agente retenedor por no haber consignado ante la DIAN los dineros recaudados por concepto de IVA; recibiendo como pronunciamiento por parte de la Corte que “(...) incluso si hubiese negado haber recibido algún dinero del declarado, era de su resorte ofrecer los medios probatorios necesarios para confirmar el aserto, no porque la carga

de la prueba de responsabilidad se desplace en su contra, sino porque a la Fiscalía le resultaba imposible. (El subrayado en nuestro).

Así también en este otro caso colombiano, con sentencia 33.660 del 25 de mayo de 2011, en la que se manifestó que la defensa detentaba el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación pues “ (...) La dinámica probatoria característica de un proceso acusatorio, implica superar la visión sobre que la controversia de la prueba se entendía satisfecha a través de un mero ejercicio argumentativo de la parte acusada (...) la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador”

Dicho todo ello, tenemos que aquellos detractores de la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias al proceso penal – como por ejemplo Acciarri (2001), quien ha afirmado que sin excepción le corresponde la obligación de probar al Ministerio Público, y que lo contrario significaría vulnerar el principio de presunción de inocencia – no podrían estar más equivocados, ya que tal como se ha esbozado en el presente resultado, el contenido de las cargas dinámicas probatorias desarrollado para área procesal civil, encajan perfectamente en el campo procesal penal, solo que con algunas reglas adicionales que en poco o nada cambian la naturaleza de la teoría en sí.

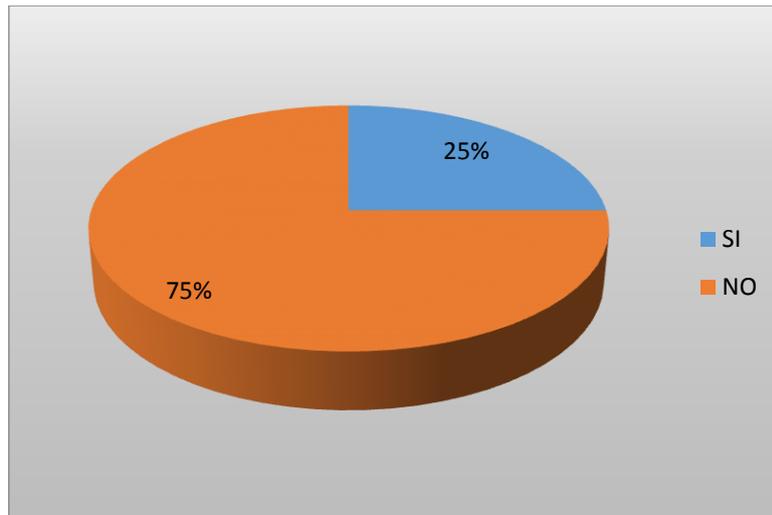
No se vulneraría de modo alguno la presunción de inocencia del imputado toda vez que el Ministerio Público aún seguiría siendo el titular de la carga de prueba, teniendo la obligación de recabar y actuar medios de prueba destinados a acreditar su tesis acusatoria como regla general, y solo ante la imposibilidad de probar para el acusador y mejor posición del acusado de poder probar un *argumento de defensa que él mismo ha alegado y que le favorece*, es que de manera excepcional se traslada la carga de la

prueba a este último, suponiendo que con ello se ayuda a resolver la controversia penal en su favor. ¿Se ha afectado la *presunción de inocencia* del imputado? Evidentemente no; por el contrario, se asegurarían otros derechos constitucionales tales como la garantía de la defensa en juicio (Peyrano, 2005) y el derecho-principio de igualdad (Barbosa, 1986).

Por nuestra parte, los tesisistas estamos convencidos de que la razón por la cual nace esta teoría, radica principalmente en la dificultad de probar ciertos argumentos alegados por las partes, y siendo que la presente investigación versa sobre el campo procesal penal, resulta aún más importante en cuanto al hecho de que solucionaría aquellas circunstancias en las que se presente complejidad probatoria que pueda resultar conveniente para la parte imputada, y así lo han manifestado no solo juristas tales como Acosta (2003), Vásquez (2005), Mittermayer (1979), Peyrano (2005), entre otros.

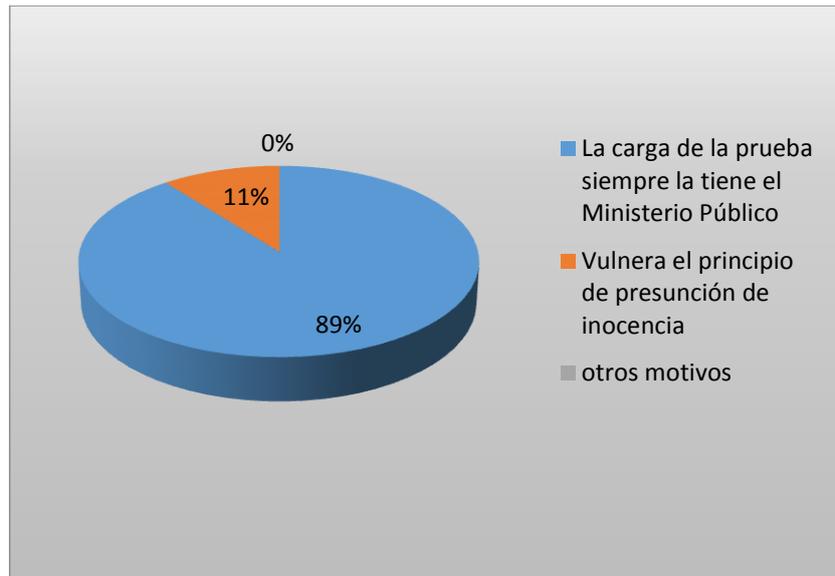
Creemos que el tema aquí tratado resulta muy importante y existe mucho contenido para desarrollar en trabajos de investigación futura, empero por desconocimiento y/o conformismo tanto con el conocimiento que ya se posee como con la actividad funcional normal o de costumbre no se profundiza en este tipo de tema que resultan beneficiosos para el derecho procesal penal, razón por la cual los profesionales del derecho o desconocen la existencia de la teoría de las cargas dinámicas probatorias o no creen posible su aplicación.

Así por ejemplo en el siguiente gráfico que se muestra a continuación y que responde a la pregunta: **¿Conoce usted acerca de teoría la carga dinámicas probatorias?**



Fuente: realizada por los tesisistas

Se advierte que solo el 25% de los profesionales del derecho encuestados conocen acerca de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, y que el 75% desconoce su existencia y contenido; y aun conociéndolo – pues se hizo conocer sobre dicha teoría en la encuesta aplicada – el 95% del total de los encuestados cree que no es posible aplicar dicha teoría al proceso penal peruano – específicamente al proceso penal de omisión a la asistencia familiar – y tan solo el 5% lo cree posible. Y del total de los que no creen posible la aplicación de la teoría aquí tratada al proceso penal peruano, el 89% considera que se debe a que la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público tal como se muestra en el gráfico puesto a continuación:



Fuente: realizada por los tesisistas

4.4. RESULTADO 4

Es posible aplicar como criterio la teoría de las cargas dinámicas probatoria para acreditar el presupuesto típico de la capacidad económica en los procesos penales de omisión a la asistencia familiar, sin atentar contra el principio de presunción de inocencia siempre que sea el imputado quien alegue ausencia de capacidad económica, exista dificultad probatoria, facilidad y disponibilidad del medio de prueba y además el Ministerio Público cumpla con aportar elementos mínimos de prueba, en función de los principios de imputación necesaria, suficiente y de objetividad.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS 4

Como ya se ha precisado en la discusión del resultado precedente es posible aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias al proceso pen al peruano, sin que su aplicación signifique atentar contra el principio de presunción de inocencia; y un claro ejemplo de ello podría darse en el proceso inmediato que tramita los delitos de omisión a la asistencia familiar; que es el tema específico materia de investigación, y que podría

darse debido a las características muy particulares de este delito que se tramita en el proceso inmediato.

Decimos muy particulares, porque ya en el acuerdo plenario N° 002-2016 y en la presente tesis se ha precisado que la “capacidad económica” forma parte de uno de los presupuestos del tipo penal objetivo del delito de omisión a la previsión asistencia familiar que tiene íntima relación con el dolo, y que por lo general en la práctica, ya sea por falta de conocimiento o interés, se hace caso omiso a tal mandato; es decir, no se acostumbra en la práctica jurídica a debatir dicho presupuesto típico, razón por la cual en los casos en que se alegue por ejemplo que existió ausencia de capacidad económica del obligado para cumplir con la obligación y el fiscal no hizo ni el mínimo esfuerzo para acreditar la capacidad económica del imputado para el cumplimiento de la misma, deberá devenir en una absolución, como lo que pasó en el Distrito judicial de Tumbes, recaído en el Exp. 346-2010-10, en el cual los Jueces de la Sala Penal tuvieron que absolver al acusado de omisión a la asistencia familiar debido a que el Ministerio Público al ser el titular de la acción penal y tener la carga de la prueba, no había llevado a cabo ni un solo acto de investigación destinado a acreditar el dolo, ni mucho menos se actuó prueba alguna que acreditara la capacidad física del imputado para estar en la aptitud regular de poder cumplir la obligación.

En tal sentido, los tesisistas hemos previsto tal situación y por ello hemos desarrollado el presente trabajo de investigación, proponiendo como criterio la aplicación de las cargas dinámicas probatorias cuyo contenido coincide con las características o particularidades del delito de omisión a la asistencia familia, que tendrá como consecuencia principal el traslado de la carga de la prueba del fiscal hacia el imputado; idea que quizá no ha sido desarrollada pero si mencionada por el maestro Acosta (2003), quien ha defendido la su la posibilidad de la aplicación de la teoría de cargas dinámicas probatorias en el ámbito penal, especialmente en los supuestos de: “a) Eximentes penales, b) delitos de omisión a la asistencia familiar (...)”

De esta manera, **primero** sea desde la etapa de investigación preliminar o recién en el juicio inmediato, **el imputado debe alegar ausencia de capacidad económica para cumplir con la obligación** durante el tiempo de vigencia de las pensiones que se han devengado, lo cual deberá ser materia de prueba en el proceso penal.

Segundo, partimos en la etapa del **juicio inmediato**, que es la etapa en donde se oralizarán los medios de prueba que tienen como objetivo acreditar la tesis del acusador o de la defensa, ya que por lo general en los delitos de omisión a la asistencia familiar recién existe participación del imputado en la etapa de juicio, y aun cuando participe en las etapas anteriores alegando falta de capacidad económica para cumplir con su obligación de alimentos durante el tiempo en que devengaron las pensiones, de darse el caso que el fiscal no tenga forma de comprobar aquello por la misma complejidad de su probanza, al final terminará siendo resuelto en la etapa de juicio inmediato, pues para incoar bastarían las copias certificadas de los actuados en el proceso civil .

Tercero, debe existir **dificultad o complejidad para probar** la capacidad económica del imputado por parte del Ministerio público, ya sea para desvirtuar lo alegado por el imputado – en cuanto a la ausencia de capacidad económica – o acreditar la tesis acusatoria del fiscal. Por ejemplo el imputado podría alegar que estuvo incapacitado físicamente durante el periodo devengado lo que redujo su capacidad económica, lo cual a nuestra consideración se hace sumamente complejo de probar, agregando que se encuentra dentro de la informalidad laboral.

De esta manera, de darse las condiciones antes acotadas resulta posible trasladar el onus probandi hacia el imputado, ello como consecuencia de la aplicación de las teorías de las cargas dinámicas probatorias, siempre que se verifique una **cuarta**

condición; esto es que debe existir **facilidad y disponibilidad del medio de prueba** a ofrecer y posteriormente a actuar por parte del imputado; por lo que el medio de prueba deberá encontrarse dentro de su ámbito de dominio, es decir, en un espacio en el que pueda disponer de ella, o le sea fácil acceder para poder ofrecerla; y también una **quinta condición;** esto es que el medio de prueba que se le imponga ofrecer al imputado debe tener como fin su beneficio y no su perjuicio.

Asimismo la teoría aquí tratada se sustenta en el principio de solidaridad, mediante el cual las partes – tanto acusador como acusado – deben ayudar a la resolución del proceso, y en el presente caso, más aún si el alegato de defensa del imputado el cual se supone que es cierto.

Por otra parte se debe tener en cuenta que para garantizar el principio de presunción de inocencia el fiscal siempre deberá cumplir con su función de acreditar la capacidad económica del imputado pero con elementos de prueba mínimos, dada la naturaleza del proceso en que se tramitan los delitos de omisión a la asistencia familiar y la complejidad que puede generar la probanza de la capacidad económica del imputado, actos que podrían consistir en: i) la copia del DNI o la constancia de FICHA RENIEC la cual puede acreditar que el imputado se encuentra dentro del rango de edad estándar de trabajo, ii) algún reporte de la SUNAT o de SUNARP para acreditar bienes y negocios, iii) también podría acreditar con el CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES, para probar que durante el tiempo en que devengaron las pensiones sobre el imputado no recaía alguna pena privativa de libertad efectiva que anule su capacidad económica, iv) Disponer evaluación física y/o psicológica del investigado, para acreditar que su estado de salud no interferido en su capacidad económica, v) Constatación domiciliaria; entre otros actos.

Finalmente se debe precisar que es el Juez quien tiene la facultad de poder determinar si se traslada el onus probandi hacia el imputado o no, ya que siempre dependerá del caso concreto, por lo que la aplicación de las cargas dinámicas probatorias como criterio para resolver en ese tipo de procesos es de carácter excepcional; sin embargo como opinión personal de grupo creemos que siempre que se den las condiciones antes expuestas podrá hacerse la excepción y aplicarla.

V. CONCLUSIONES

1. El delito de omisión a la omisión a la asistencia familiar además del mandato judicial y el incumplimiento de la obligación, tiene como presupuesto parte del tipo penal objetivo a la capacidad económica para cumplir con la obligación de alimentos durante el tiempo en que devengó la liquidación, debido a que los delitos de omisión en general, tienen dentro de sus estructura típica a la capacidad de acción, sin la cual el tipo omisivo no podría concretarse.
2. El dolo del delito de omisión a la asistencia familiar está íntimamente relacionado con el presupuesto típico de la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación, ya que lo que se sanciona es que pese a que el imputado cuenta con la capacidad económica debida, decide incumplir la obligación a voluntad propiedad; en tal sentido para que exista dolo debe existir capacidad económica en el imputado.
3. Los delitos de omisión a la asistencia familiar se tramitan bajo los alcances del proceso inmediato; sin embargo los actores procesales no recaban y valoran elementos de convicción destinados a acreditar la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación atentando contra el principio de legalidad.
4. En los procesos de omisión a la asistencia familiar, los profesionales del derecho no le toman importancia a la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación de alimentos por dos razones principales. La primera se da porque la mayoría desconoce sobre dicho elemento y el segundo se da porque aunque lo conozcan, aun consideran que la capacidad económica ya ha sido determina en el proceso civil y además porque en la

práctica jurídica no se acostumbra a hacerlo, dado que en la realidad existe dificultad para probar la capacidad económica.

5. El principio de presunción de inocencia tiene como dimensiones la regla de prueba y la regla de juicio, que a su vez establecen que es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba, debiendo competerle exclusivamente al Acusador, acreditar los elementos del tipo objetivo y subjetivo de los delitos; razón por la cual en el proceso penal peruano de omisión a la asistencia familiar le corresponde a él acreditar la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación; sin embargo aquello puede generar problemas de dada la dificultad que existe para acreditar la capacidad económica del imputado; por lo que debe evaluarse otras alternativas a efectos de evitar impunidad en este tipo de delitos.
6. En cuanto a la carga de la prueba en el proceso penal, existe una concepción moderna que va tomando fuerza en el mundo jurídico, según la cual ya no le correspondería exclusivamente al acusador probar su tesis, sino también al imputado, pero no como obligación sino como un acto complementario destinado a acreditar sus argumentos de defensa.
7. Dentro de las teorías modernas sobre la carga de la prueba, encontramos a la teoría de las cargas dinámicas probatorias, la misma que el deber de probar reside en aquella parte que se encuentre en mejores condiciones “profesionales, técnicas o fácticas de aportar la prueba respectiva, y aunque su naturaleza es privada puede aplicarse como criterio al proceso penal peruano según el caso concreto, es decir de manera excepcional y siempre que se den ciertas condiciones.
8. La jurisprudencia de la Corte Penal Colombiana demuestra que es posible

aplicar la teoría de las cargas dinámicas de la prueba al proceso penal a pesar de que su naturaleza sea distinta; lo que de igual manera puede hacerse en nuestro ordenamiento jurídico procesal, toda vez que hemos tomado como modelo procesal el derecho procesal penal Colombiano.

9. Es posible aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias como criterio a la problemática de la probanza de la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación en los procesos de omisión a la asistencia familiar, cuya consecuencia directa es el traslado onus probandi hacia el imputado, sin que aquello signifique atentar contra el principio de presunción de inocencia.
10. Para aplicar como criterio las cargas dinámicas de la prueba primero el imputado debe alegar ausencia de capacidad económica para cumplir con la obligación, segundo deberá hacerse en la etapa del juicio inmediato, y tercero dificultad o complejidad para probar; solo así podrá aplicarse dicha teoría y en este caso se trasladará el onus probandi siempre que exista facilidad y disponibilidad del medio de prueba por parte del imputado, y se le demandará acreditar siempre que el medio de prueba que se le imponga ofrecer al imputado tenga como fin su beneficio y no su perjuicio; por ello su aplicación será de carácter excepcional, con intervención del principio de solidaridad.
11. Para que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas probatorias sea totalmente factible, es necesario que el Ministerio Público cumpla con realizar su labor de aportar elementos de prueba que acrediten el real estado de capacidad económica del imputado durante el tiempo que devengaron las pensiones alimenticias, ello en función de los principios de

imputación necesaria, suficiente y de objetividad.; de tal manera que si al final no puede acreditarse ello, no sea por una causa imputable al Ministerio Público – por hacer nada – sino, por la dificultad de la prueba y de la negativa del imputado a colaborar en su obtención, lo que a su vez generará que le Juez traslade el onus probandi hacia el imputado.

12. En el caso N° 346-2010-10, en el que con resolución N°17, de fecha 22 de diciembre del 2010, integrantes de la Sala de Apelaciones de Tumbes absolvieron al imputado por existir duda razonable en cuanto a la capacidad económica del imputado ‘para cumplir con la obligación, hubo evidente falta de criterio tanto por parte del Juzgador de primera instancia como del Colegiado de segunda instancia; ya que si se hubiera aplicado el criterio de la carga dinámicas probatoria de acuerdo a las reglas establecidos en el punto anterior, pudo haberse condenado sin caer en error.

VI. RECOMENDACIONES

1. Dado que los profesionales del derecho en su mayoría desconocen que la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación de alimentos en un proceso de omisión a la asistencia familiar es parte del tipo penal, se recomienda la comunidad jurídica el estudio y análisis del contenido de este delito, a efectos no solo estar actualizados en conocimiento jurídicos sino de darle una real y efectiva aplicación en la práctica del derecho, para cumplir cabalmente con el principio de legalidad y de esa manera evitar futuras nulidades.
2. Los fiscales deben realizar actos mínimos de prueba referidos a la capacidad económica del imputado para cumplir con la obligación, los jueces deberán exigir que el fiscal realice y ofrezca dichos actos así como deberá valorarlos al momento de emitir su decisión y los abogados deben exigir tanto a nivel fiscal como judicial que se tenga en cuenta dicho presupuesto al momento de investigar o emitir decisiones judiciales, todo ello con el objetivo de dotar de legalidad los actos procesales que se emitan.
3. Los profesionales del derecho deben actualizar conocimientos referidos a la carga de la prueba, a efectos de plantear una posible modernización del proceso penal peruano en cuanto a materia probatoria, en el entendido de evaluar la posibilidad de que la carga de la prueba no la detente únicamente el Ministerio Público sino también la parte acusada, para lo cual quizá se necesite realizar modificaciones en el código procesal penal; en todo caso ello demandará todo un exhaustivo proceso de investigación.
4. En el caso de los procesos de omisión a la asistencia familiar es posible

trasladar la carga de la prueba hacia al imputado para acreditar la capacidad económica del imputado, de darse determinadas circunstancias, por lo que se recomienda a los profesionales del derecho leer a fondo la presente investigación a efectos de que puedan tomar en cuenta los presentes criterios, al momento de patrocinar, investigar o resolver procesos de omisión a la asistencia familiar, y con ello se garantizará procesos más justos, conforme al derecho.

5. Realizar un proyecto de Ley respecto al tema, a efectos de introducir la fórmula planteada dentro del código procesal penal, quedando de la siguiente forma:

PROYECTO DE LEY

PROPUESTA LEGISLATIVA N° XXX

SUMILLA: “LEY QUE ADICIONA EL ARTÍCULO 448 – A, AL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO A LA APORTACIÓN PROBATORIA EXCEPCIONAL DEL IMPUTADO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR”.

1) DATOS DEL AUTOR

La ciudadanía de Estado que suscribe, en uso de la iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente Proyecto de Ley:

2) FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 448 – A, AL CÓDIGO PROCESAL PENAL, RESPECTO A LA APORTACIÓN PROBATORIA EXCEPCIONAL DEL IMPUTADO EN EL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

CAPÍTULO I

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley, tiene por objeto facultar al juzgador a disponer de forma excepcional que sea el imputado quien aporte la prueba pertinente para acreditar su ausencia de capacidad económica en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

Artículo 2°.- Dificultad de aportación del medio de prueba

Comprende todos aquellos casos en los que determinados medios de pruebas sean de imposible o muy difícil obtención para el Ministerio Público como titular de la acción de penal y obligado a soportar la carga de la prueba.

Artículo 3°.- Facilidad y disponibilidad del medio de prueba

La facilidad del medio de prueba comprende aquellos casos en los que el imputado le resulte fácil acceder hacia determinado medio de prueba y

disponibilidad del medio de prueba se entenderá en aquellos casos en los que el imputado cuente o tenga en su poder dicho medio de prueba.

CAPITULO II

INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 448°-A DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Artículo 4°.- Incorporación del artículo 448°-A Del Código Procesal Penal Peruano

Incorpórese el artículo 194 del Código Procesal Penal en los términos siguientes:

Artículo 448° – A.- En la etapa de actuación probatoria en los delitos de omisión a la asistencia familiar, si ante el argumento de defensa del imputado de falta de capacidad económica para cumplir con la obligación, el juez penal advierte dificultad en el Ministerio público para obtener y aportar la prueba que desacredite o confirme dicho argumento, de manera excepcional podrá disponer que el imputado ofrezca dicho medio de prueba, siempre que tenga facilidad o disponibilidad del mismo; y siempre que le resulte favorable.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERO. - La presente Ley entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

SEGUNDO. - A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se derogan las demás disposiciones que contravengan al mismo.

TERCERO. - Publíquese la presente Ley en el Diario Oficial Peruano para su mayor difusión.

Comunicase al señor Presidente de la República para su promulgación.

Presidente del Congreso de la República

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los..... días del mes de.....del
dos mil diecinueve

3) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley, tiene por objeto facultar al juzgador a disponer de forma excepcional la aportación probatoria del imputado en el Juicio Inmediato en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, de advertir dificultad en el acceso a los medios de prueba suficientes para acreditar el presupuesto típico de la Capacidad Económica del Imputado por parte del Ministerio Público, siendo el Organismo Autónomo constitucionalmente obligado a demostrar la existencia de un delito al tener la Carga de la Prueba, el cual además de dicha responsabilidad, exige un estándar

probatorio que no puede reducirse, de este modo los medios de prueba que se ofrezcan deben generar convicción más allá de toda duda razonable a efectos de destruir la Presunción de Inocencia, como protección de Garantía Procesal que reviste al imputado, quien es considerado inocente y tal presunción solo puede ser desbaratada con una sentencia fundada con elementos de prueba solventes.

Estando a ello, se advierte una notoria dificultad probatoria en el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, donde por lo general los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público no acreditan el presupuesto típico de la Capacidad Económica del Imputado, generando que el juzgador no tenga una base probatoria suficiente para emitir sentencia, este elemento objetivo del tipo manifiesta la capacidad de pago respecto a las condiciones físicas y laborales del imputado, puesto a que dadas las serias dificultades que existen para probar las condiciones económicas de una persona en nuestro país, debido a la informalidad entre otras cuestiones, podría resultar casi imposible acreditarlo; teniendo como consecuencia directa la absolución; que podría desencadenarse en una serie de absoluciones en la mayoría de procesos penales por omisión a la asistencia familiar a nivel nacional, lo que a su vez generaría impunidad y un grave perjuicio al Interés Superior del Niño, en cuanto a su derecho a los alimentos.

Por lo que en esas circunstancias, la dificultad del Ministerio Público para la probanza de la capacidad económica del imputado puede equilibrarse con la aportación probatoria complementaria y excepcional del imputado,

quien se encuentra en una mejor posición respecto a las pruebas pertinentes para acreditar su capacidad económica, por motivo de disponibilidad y facilidad de acceso, muchas veces directo al estar relacionadas a sus condiciones físicas y laborales; siendo así, es preciso que obtenga una aportación complementaria, a fin de colaborar con los fines de la investigación dilucidando cuestiones que directamente el Ministerio Público, tardaría o vería complejo atribuir generando ineficacia en un proceso que presupone evidencia delictiva y simplificación procesal, más aún si se considera que de haber defectos en ella, el imputado podría obtener sentencia condenatoria en su contra, he ahí la importancia de acreditar este presupuesto del tipo, que además se encuentra íntimamente vinculado al elemento subjetivo del dolo, siendo necesario realizar actividad probatoria en ese extremo, sustentándose en la capacidad directa de acceso y obtención de la prueba de quien la posee y genera.

4) COSTO-BENEFICIO

La aprobación de esta iniciativa legislativa generará un impacto positivo en nuestro ordenamiento jurídico y en la población en general, pues significa optimizar la actividad probatoria en base al principio de solidaridad, en aras de perseguir la verdad procesal en respeto de las Garantías Procesales permitiendo al juzgador disponer una aportación probatoria complementaria y excepcional de parte del imputado a fin de acreditar el presupuesto típico capacidad económica en los procesos de omisión a la asistencia familiar.

Asimismo, la presente propuesta no origina gastos ni mayor presupuesto al Estado. El beneficio en cuanto a la inclusión de esta nueva norma al Código Procesal Penal es optimizar con dinamismo y cooperación entre las partes la actividad probatoria en un tipo penal recurrente y con un bien jurídico protegido sensible.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

7.1. LIBROS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de estudios constitucionales.
- Angulo, M. (2016). *El Derecho Probatorio en el Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica
- Aranzamendi, L. (2010). *La Investigación Jurídica*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico - práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.
- Aráuz, J. (2016). *El mecanismo de reparación integral y su aplicación en la legislación ecuatoriana*. Tesis, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil.
- Aráuz, U. M. (2005). *El nuevo código procesal penal: del proceso inquisitivo al proceso acusatorio*. Revista de derecho.
- Ariano, D. E. (2006). *Sobre los poderes del juez de apelación*.
- Armenta, D. T. (1995). *Principio acusatorio y dercho penal*. Barcelona: Bosch.
- Baeza, P. E. (2015). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. México: Ubijus.
- Bellido, P. R. (1996). *Proceso penal, en torno al objeto del proceso penal y el principio acusatorio*.
- Blanco, M. C. (2016). *Nuevo proceso inmediato en flagrancia y las limitaciones del derecho de defensa* (Vol. 16). Puno.
- Bustos, R. J. (1986). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis.

- Castillo, J. L. (2018). *La presunción de inocencia como regla de tratamiento*. Ideas Solución. Lima. Editorial S.A.C
- Cabrera A. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima. Idemsa.
- Carnelutti, F. (1950). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires.
- Cerna. R. (2011). *El Nuevo Proceso Penal, Constitucionalización, Principios y Racionalidad Probatoria*. Lima. Editora y Librería
- Colombo, C. J. (2002). *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. Ius et Praxis.
- Del Río, F. C. (2012). *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal constitucional de la presunción de inocencia*.
- De la Cruz. M. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Fernández, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*.
- Ferrer, J. (2007). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid. Edit. Jurídicas y Sociales.
- García, S. N. (2014). *Las garantías constitucionales: el derecho de defensa del imputado*. Trabajo de fin de grado, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Gelsi, B. A. (s.f.). *Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el proceso penal*.
- Gozaini, O. (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El debido Proceso*. Santa Fe. Edit. Rubinzal Culzoni.
- Heinrich, J. H. (2014). *Tratado de derecho penal*. Parte General. Lima: Editorial Pacífico.

- Higa, S. C. (s.f.). *El derecho a la presunción de inocencia desde el punto de vista constitucional*. Derecho & Sociedad.
- Hinostraza, A. (2012). *Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia*.
- Huerta, T. S. (1987). *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Hurtado, P.J. (2005) *Manual de Derecho Parte General y Política Criminal*. Lima Editora y Librería Grijley.
- Johannes, W. (1980). *Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Depalma.
- Laudan, L. (2013). *Un estándar de prueba severo es necesario, al dar sustancia a la presunción de inocencia*?. Buenos Aires: Hammurabi
- López, P. L. (2003). *El poder penal del Estado*.
- Machuca, J. A., & Pacheco, P. S. (2018). *Existencia de una cultura judicial inconstitucional en la forma y en las condiciones en las que se dicta prisión preventiva*. Tesis, Universidad Técnica de Machala, Carrera de jurisprudencia, Machala.
- Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal argentino*.
- Mendoza, F (2017). *Sistemática del Proceso Inmediato. Perspectiva procesal crítica*. Lima. Edit. Idemsa.
- Morillas, C. L. (2016). *Reflexiones sobre la prisión preventiva*.
- Muñoz, B. H. (1996). *La verdad y el proceso. Derecho y sociedad*.
- Nieva, F. J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Barcelona.

- Nieva, F. J. (2016). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Barcelona: InDret.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima. Edit. Idemsa.
- Ovejero, P. A. (2017). *Protección del derecho a la presunción de inocencia. Teoría y realidad constitucional*.
- Palacio, L. E. (2011). *Manual de derecho procesal civil*. Lexis Nexis.
- Prado S. V. (2017). *Delitos y Penas. Una aproximación a la parte edpecial*. Lima. Edit. Ideas.
- Peña Cabrera, Raúl (1994). *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*. Lima: Grijley
- Pérez, M. M. (2014). *Problemas que plantea el acusatorio en el actual proceso penal*.
- Pérez, P. E. (s.f.). *La presunción de inocencia*.
- Peyrano, J. W. (2005) "Cargas Probatorias Dinámicas". Argentina. Editores Rubinzal –Culzoni.
- Puig, M. (1996). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona.
- Ragues, V. R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch Editor.
- Reyes, M. S. (2012). *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de derecho.
- Rosas, J. (2005). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Salas, A. J. (2016). *El proceso inmediato*. Ius Fraganti.

- Salinas, R. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima. Editora y Librería Grijley.
- Salinas, R. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima. Editora y Librería Grijley.
- San Martín, C. C. (2016). *Proceso inmediato*. Lima.
- Silva, C. A. (2005). *El proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Soria, J. M. (2009). *La omisión en el sistema penal argentino: relación entre las figuras de homicidio y abandono*. Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica.
- Trujillo, J. (2007). *La carga dinámica de la Prueba*. Edt. Leyer
- Ugaz, Z. Á. (s.f.). *La Convención probatoria. ¿Negociando a ciegas?: La importancia del Acuerdo de Descubrimiento de pruebas, como presupuesto de las Convenciones probatorias*.
- Vargas, L. A. (2009). *Cargas Probatorias Dinámicas. Sus Perfiles Actuales y Algunas Respuestas para sus Críticos*". En *Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba. Ediciones de la Academia Nacional de derecho
- Vásquez, A. C. (2014). *El sistema acusatorio y las inconstitucionalidades del Nuevo Código Procesal Penal*. Lex.
- Velásquez V, F. (2003) *Manual de Derecho penal, parte general*. 5ª. ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

7.2. TESIS

Junco, S. y Pájaro, J. (2016). *“Mecanismos Efectivos Para Exigir el Cumplimiento de la Obligación Alimentaria”* Universidad de Cartajena, Cartajena de Indias. Colombia.

Mora, T. y Ortiz, G. (2014). *“Aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba en materia penal dentro de un sistema acusatorio”*. Fundación Universitaria Católica Del Norte. Colombi

7.3. JURISPRUDENCIAS

Acuerdos Plenario Extraordinario N° 002-2016- CIJ-116, que contiene el desarrollo del Proceso Inmediato Reformado, por la Corte Suprema.

Casación N° 13893-2016, de fecha 23 de marzo del 2017, emitido por la Corte Suprema de la República.

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú , Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000).

Expediente 346-2010-10, que tiene la sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Tumbes, de fecha 21 de diciembre del 2010.

Expediente N° 2043-97, sobre la sentencia de fecha 18 de diciembre del 1997, que se pronuncia respecto a la omisión a la asistencia familiar.

Recurso de Nulidad N° 1372-2018, Callao, emitido por la Corte Suprema, con fecha trece de setiembre de dos mil dieciocho.

Sentencia N°2.486/2001 de 21 de diciembre del 2001, emitida en la casación N° 761/2000 del Tribunal Supremo Español.

7.4. ARTÍCULOS

- Barbosa, J.C. (1986). *La igualdad de las partes en el proceso civil. Revista do processo.* Sao Paulo. (44). 176-185.
- Betancourt, S. (2010). *Las cargas dinámicas probatorias y su repercusión en el proceso penal. Medellín. Revista Ratio Juris.* pp. 25-44.
- Garcia, L. (2016). *La carga dinámica de la prueba en el proceso penal y la relativización de la presunción de inocencia.* Colombia. Universidad Militar de Nuevo Granada. Recuperado en <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15280>
- Luna, Alvaro (2003), "*Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*", Working Paper N° 165, Barcelona. Recuperado de www.indret.com.
- Mittermayer, C.J.A. (1979). *Tratado de la prueba en Materia Penal.* Recuperado en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/tratadoDeLaPruebaEnMateriaCriminalParte1.pdf>
- Nakasaki S. C. (2017). *Posible de la voluntad, o en todo caso, que esté en condiciones de representársela de tener cuidado. Análisis Dogmático Jurídico del Delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria* 11-22.Edit. Gaceta Jurídica. Recuperado de <http://www.snakazaki.com/storage/app/uploads/public/595/5c5/a19/5955c5a191915475049139.pdf>

Peyrano, J.(2005). *La Doctrina de las Cargas Probatorias dinámicas y las Máquinas de impedir en materia jurídica*. 16. Recuperado de http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf.

Rojas, A. (2013). *Carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Diversos Escritos de Derecho Procesal* - Universidad Externado de Colombia, 945-953.recuperado en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>

Urbano, J. J (2011). *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Bogotá:Consejo Superior de la Judicatura. p. 46

7.5. LINKOGRAFIAS

Acciarri, H. (s.f). *Distribución eficiente de cargas dinámicas probatorias y responsabilidades contractuales*. Recuperado en https://www.researchgate.net/profile/Hugo_Acciarri

Producción y empleo informal en el Perú (2014). INEI. Recuperado en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1154/libro.pdf

VIII. ANEXOS

8.1. MODELOS DE ENCUESTA

ENCUESTA

Sr./Sra./ Con motivo de desarrollar la Tesis intitulada: «Criterios para la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias en los procesos por omisión a la asistencia familiar en el Perú», para la obtención del Título de abogado por la Universidad Nacional del Santa Se le solicita y agradece su colaboración y nos permitimos indicarle que la presente encuesta es confidencial, y sus resultados se darán a conocer únicamente en el desarrollo de nuestra Tesis.

Preguntas:

SOBRE LA OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

01. ¿ha tenido a su cargo procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar?

a) Sí

b) No

02. ¿Cuáles considera usted que son elementos del tipo objetivo del delito de omisión a la asistencia familiar?

a) Mandato judicial e incumplimiento de la obligación

b) Capacidad Económica del obligado

c) Todas

d) Ninguna

03. ¿Al momento de resolver, investigar o patrocinar sobre un delito por omisión a la asistencia familiar, valora, recaba y/o ofrece (respectivamente) elementos de

prueba destinados a acreditar si el imputado contaba o no con capacidad económica para cumplir con la obligación de alimentos?

a) Sí

b) No

04.- ¿Conoce usted que el acuerdo plenario N° 002-2016 enumera a la capacidad económica del imputado como un elemento objetivo del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, el cual debe ser materia de prueba?

a) Si

b) No

A continuación se hace conocer lo siguiente sobre el acuerdo plenario N° 002-2016:

El acuerdo plenario N° 002-2016 enumera a la capacidad económica del imputado como un elemento objetivo del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, el cual debe ser probado ya que está íntimamente relacionado al dolo.

05.- Sobre la pregunta anterior, ¿usted considera correcto lo esbozado por la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 002-2016?

a) Si

b) No

c) No opino y/o desconozco

06. De ser no su respuesta, el motivo o la razón se debe a que:

a) La capacidad económica ya está predeterminada en la vía civil, mediante la cual se establecido una pensión de alimentos.

- b) Lo que sanciona es que se haya incumplido con la obligación.
- c) En práctica no se acostumbra a acreditar la obligación económica del imputado en cuanto a la investigación y tramitación procesal de estos delitos
- e) otros motivos

De marcar d) indique el o los motivos:

07.- De ser si respuesta, indique el motivo:

SOBRE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS

08.- ¿Conoce usted acerca de teoría la carga dinámicas probatorias?

- a) Si
- b) No

A continuación se hace conocer lo siguiente sobre la teoría antes mencionada:

Las cargas dinámicas probatorias trasladan la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para poder ofrecerla, es decir que se exige probar a quien tenga mayor posición para hacerlo.

09.- Sabiendo lo anterior, considera usted que se pueda aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias en el proceso penal peruano de omisión a la asistencia familiar?

a) Si

b) No

10.- de ser no su respuesta, el motivo o razón se debe a que:

a) La carga de la prueba siempre la tiene el Ministerio Público

b) Vulnera el principio de presunción de inocencia

c) otros motivos

De marcar c) indique el o los motivos:

11.- De ser si su respuesta, indique el motivo:

8.2. TABULACIÓN DE DATOS DE LA ENCUESTA

A continuación, presentamos los resultados de las encuesta realizadas a 40 profesionales del derecho entre Jueces, Fiscales y Abogados defensores; los cuales fueron elegidos al azar y fue aplicada en la ciudad de Nuevo Chimbote y Chimbote con la finalidad de recoger su opinión con respecto al tema bajo investigación.

SOBRE LA OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

01. ¿ha tenido a su cargo procesos por el delito de omisión a la asistencia familiar?

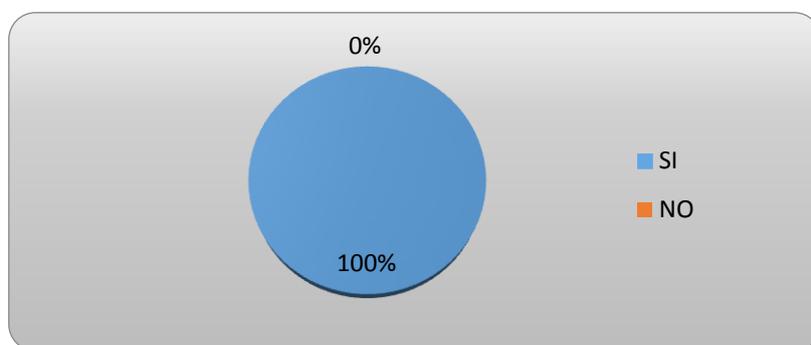


Figura 01: Índice de profesionales del derecho que tienen a su cargo procesos de omisión a la asistencia familiar.

02. ¿Cuáles considera usted que son elementos del tipo objetivo del delito de omisión a la asistencia familiar?

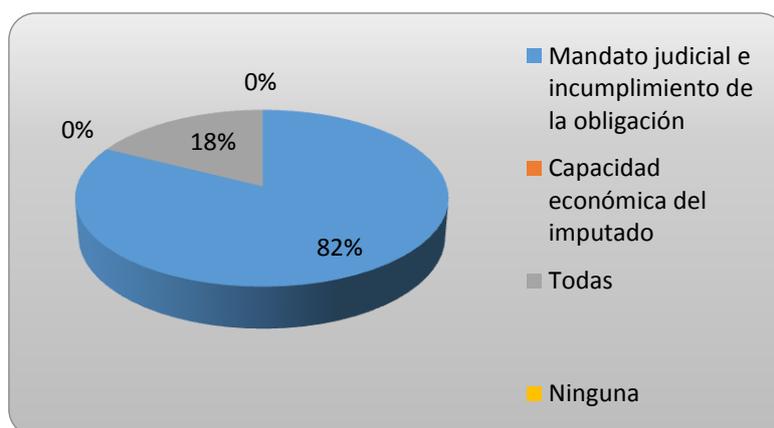


Figura 02: sobre el conocimiento de los elementos del tipo objetivo del delito de omisión a la asistencia familiar

03. ¿Al momento de resolver, investigar o patrocinar sobre un delito por omisión a la asistencia familiar, valora, recaba y/o ofrece (respectivamente) elementos de

prueba destinados a acreditar si el imputado contaba o no con capacidad económica para cumplir con la obligación de alimentos?

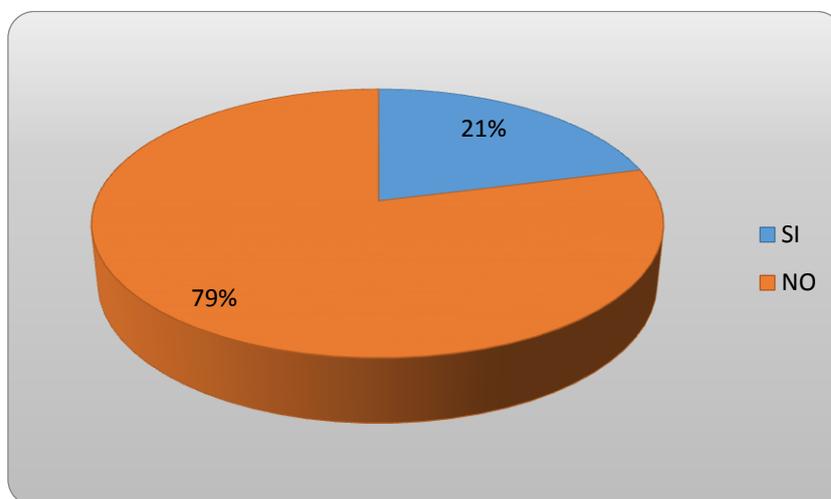


Figura 03: Sobre la importancia que se da a la capacidad económica del imputado en los delitos de omisión a la asistencia familiar

04.- ¿Conoce usted que el acuerdo plenario N° 002-2016 enumera a la capacidad económica del imputado como un elemento objetivo del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, el cual debe ser materia de prueba?

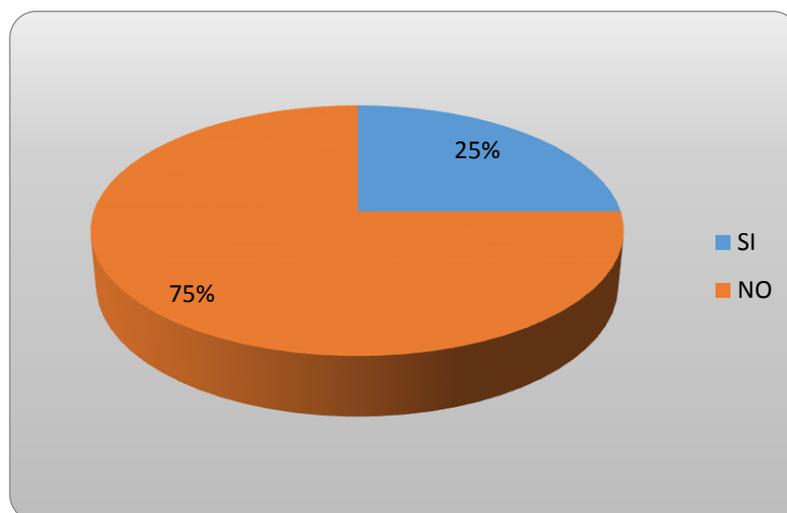


Figura 04: sobre el contenido del acuerdo plenario N° 002-2016

05.- Sobre la pregunta anterior, ¿usted considera correcto lo esbozado por la Corte Suprema en el acuerdo plenario N° 002-2016?

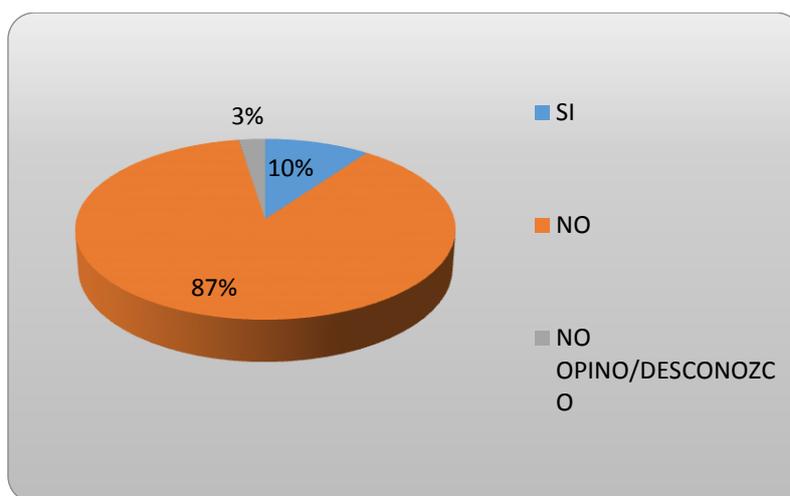


Figura 05: Índice de profesionales del derecho que considera correcto el acuerdo plenario N° 002-2016

06. De ser no su respuesta, el motivo o la razón se debe a que:

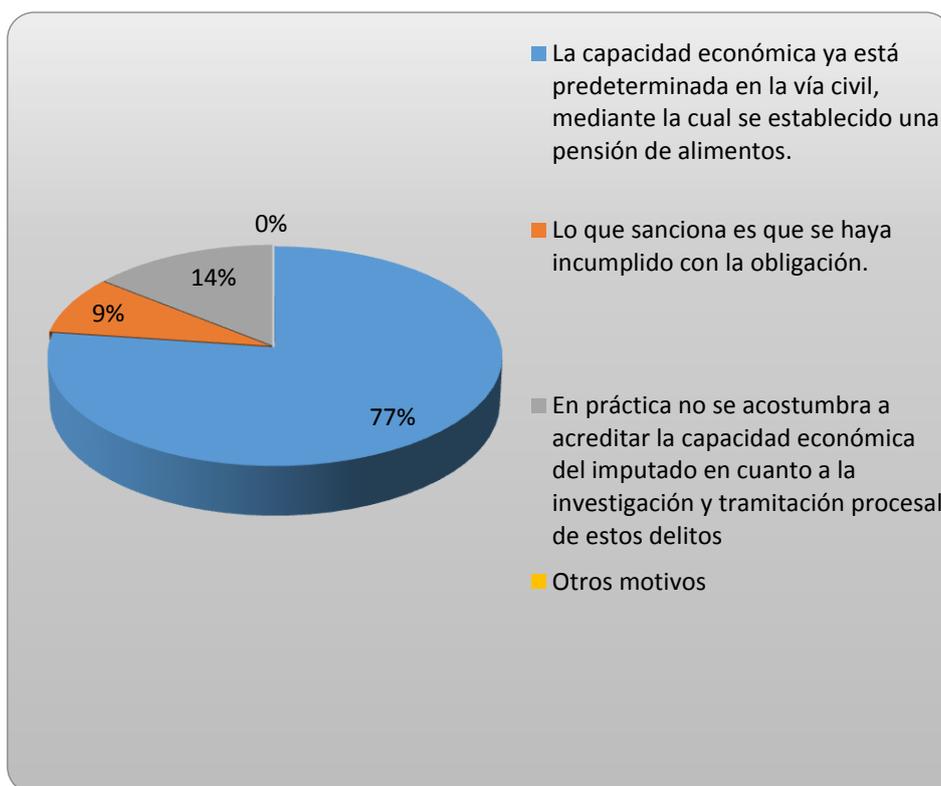


Figura 06: Sobre las razones por las cuales los profesionales del derecho consideran incorrecto el acuerdo plenario N° 002-2016

SOBRE LA TEORIA DE LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS

08.- ¿Conoce usted acerca de teoría la carga dinámicas probatorias?

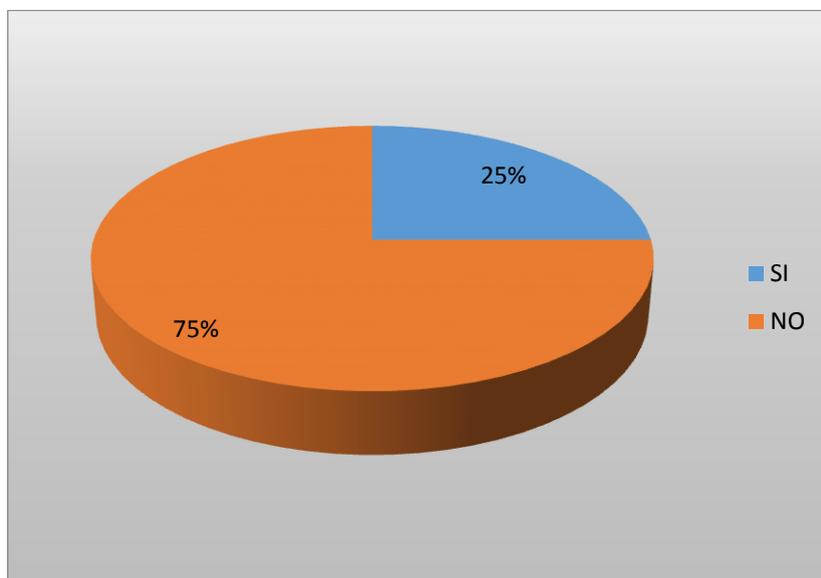


Figura 07: Índice de profesionales de derecho que conocen la teoría de las cargas dinámicas probatorias

09.- Sabiendo lo anterior, ¿considera usted que se pueda aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias en el proceso penal peruano de omisión a la asistencia familiar?

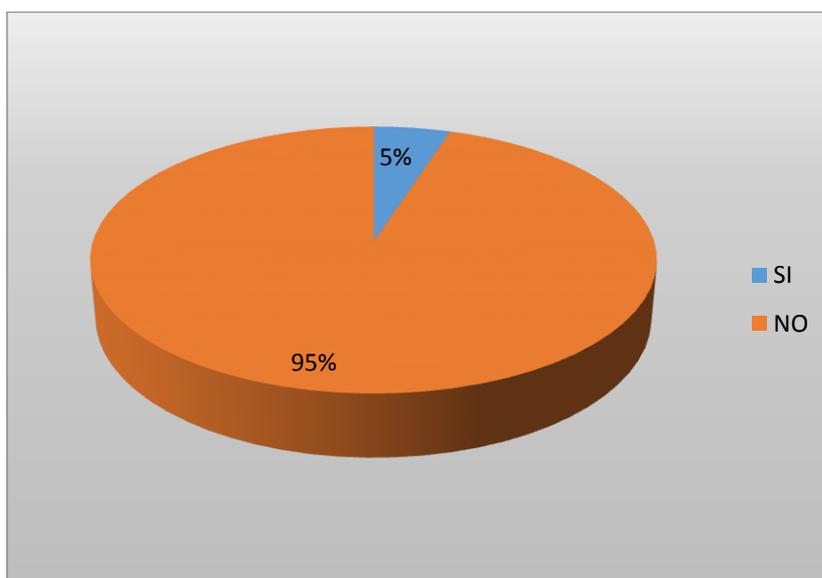


Figura 08: Sobre la aplicación de la cargas dinámicas probatorias al proceso penal peruano de omisión a la asistencia familiar

10.- de ser no su respuesta, el motivo o razón se debe a que:

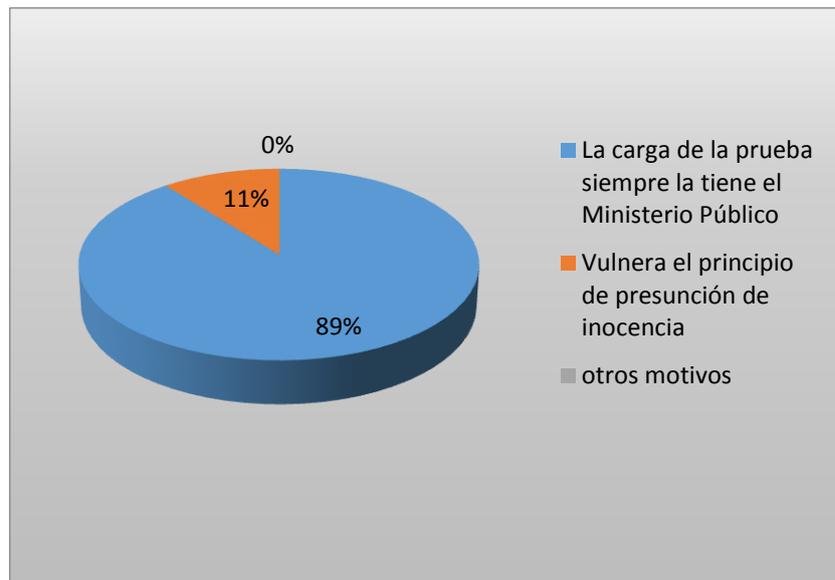


Figura 09: Sobre las razones por la que los profesionales del derecho consideran que no es posible la aplicación de la cargas dinámicas probatorias al proceso penal peruano de omisión a la asistencia familiar

8.3. SENTENCIA DE VISTA DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUMBES



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES SALA DE APELACIONES – SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE : 00346-2010-87-2601-JR-PE-02
ESPECIALISTA : MIRTHA PAOLA ROJAS ROJAS
IMPUTADO : GENARO MARCIAL VARGAS ASTUDILLO
DELITO : OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR
AGRAVIADO : MAXIMINA VARGAS OLAYA

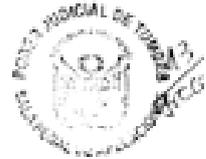
RESOLUCIÓN NÚMERO DIECISIETE
Tumbes, Veintidós de diciembre del
Año dos mil diez.-

VISTOS Y OIDOS; en audiencia pública; **Y CONSIDERANDO:**

ANTECEDENTES

1.- Que, se sigue proceso penal contra Genaro Marcial Vargas Astudillo como presunto autor del delito contra la familia, en la modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar; previsto y penado en el artículo 149º - primer párrafo del Código Penal, en agravio de su cónyuge Maximina Vargas Olaya, conforme obra en la acusación fiscal del día cuatro de mayo del dos mil diez - fecha de ingreso al poder judicial - obrante de folios tres a once del expediente judicial, auto de saneamiento y admisión de medios probatorios de fecha seis de julio del dos mil diez corriente de folio diecinueve a veintidós, auto de citación a juicio oral a nivel de primera de instancia de fecha doce de julio del presente año, obrante de folio treintiseis a treintiocho del citado expediente judicial, desarrollado de conformidad a las pautas establecidas en la norma adjetiva, concluyendo éste con sentencia condenatoria de fecha veinticuatro de agosto de los corrientes; siendo apelada por el abogado defensor del sentenciado Genaro Marcial Vargas Astudillo, lo que motiva que éste órgano colegiado superior luego de cumplido el trámite, señale día y hora para la audiencia pública de apelación de sentencia.

2.- Que, instalado el colegiado en audiencia pública, se apertura ésta bajo las formalidades de ley, cumpliendo los sujetos procesales con los alegatos, concluyendo luego del estadio de deliberación a dictar decisión unánime respecto al conflicto penal materia de grado.



II. POSTULACIÓN DEL GRADO

2.1.- Argumentación del Ministerio Público: Que existen motivos válidos por los cuales se acredita la comisión del delito materia de juzgamiento, más aún si la sentencia recaída en el proceso de alimentos data del catorce de mayo de mil novecientos noventinueve, confirmada por la Sala Civil Superior, revocándola en cuanto al monto, dispuso la suma de doscientos nuevos soles mensuales a favor de la agraviada; sin embargo, a la fecha, no obstante tener conocimiento de su obligación, el condenado no ha cumplido con la misma; y que el argumento de defensa que adolece de enfermedades físicas que le impiden desarrollar actividad económica, ya ha sido objeto de mérito por el Juzgado de Paz Letrado competente y no obstante ello, se ha impuesto una sentencia en favor de la demandante ahora agraviada. Por otro lado, el representante del Ministerio Público, argumenta que no es necesario una mayor investigación, toda vez que existe ya una investigación civil que conmina al ahora condenado al pago de la suma de *un mil trescientos nuevos soles*, monto obtenido de la liquidación de pensiones devengadas objeto de cobro; reafirmando el Fiscal que el motivo de la apelación no es la pena sino el argumento del condenado que no tiene condiciones para cumplir su obligación. Solicitando la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

2.2.- Argumentación de la Parte Civil: Que el condenado nunca ha cancelado la obligación alimentaria en favor de su cónyuge, existiendo resistencia de parte de éste al cumplimiento judicial, con lo cual se habría acreditado su conducta dolosa; más aún cuando éste tendría conocimiento del estado de salud crítico que atraviesa la agraviada, solicitando se incremente el monto de la reparación civil.

2.3.- Argumentación de la Defensa: Que no está conforme con lo señalado por el Fiscal de que no es necesario se produzcan otros actos de investigación, pues no se ha acreditado la capacidad económica de la agraviada ni menos la del imputado; señalando que si bien no ha cumplido con las pensiones alimenticias no ha sido premunido de dolo, sino simplemente porque no tiene trabajo dada sus condiciones físicas, lo cual le imposibilita cancelar las

A. C. S. J.



pensiones alimenticias. Argumenta que no se ha probado que el imputado desempeña alguna actividad laboral pública o privada, pues sólo se sustenta por el apoyo de su familia; señala que no sólo tiene problemas de visión sino de tipo renal, estando llano a someterse a cualquier pericia médica. Enfatiza, que el Fiscal no ha cumplido con investigar el estado de salud física del imputado, por lo que no se ha acreditado sus necesidades económicas ni el estado de necesidad apremiante, solicitando se le absuelva de la acusación fiscal.

2.3.- Argumentos de la Sentencia Apelada: La sentencia del Juzgado Unipersonal, sostiene que la imputación efectuada por el Representante del Ministerio Público, ha quedado plenamente acreditado por cuanto, existe la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de incumplimiento de obligación alimentaria, pues en primer término se ha acreditado que existe un proceso judicial civil por alimentos (Exp. 50-2009 – 3er Juzgado de Paz Letrado de Tumbes), que mediante sentencia de vista de fecha catorce de mayo del dos mil nueve (Juzgado de Familia de Tumbes) ha establecido como pensión alimentaria mensual a favor de Maximina Barba Olaya la suma de doscientos nuevos soles, que deberá pagar el acusado Genaro Marcial Vargas Astudillo. Asimismo, con la resolución número treinta y seis del cinco de octubre del dos mil nueve, se ha cumplido con el requisito de procedibilidad, que el tipo penal exige, esto es que exista un requerimiento judicial, sobre el pago de la liquidación de las pensiones alimentarias devengadas, bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de omisión a la asistencia familiar, la misma que fue notificado y puesto a conocimiento del acusado, tanto en su domicilio procesal y real, más aún cuando el propio imputado ha señalado que si tenía conocimiento del proceso de alimentos, por cuanto su abogado le tenía informado, concurriendo el elemento subjetivo del tipo. Argumenta igualmente la recurrida, que respecto a los argumentos expuestos por el abogado de la defensa técnica del acusado, debe ser tomado únicamente como medio de defensa no acreditados, pues no obstante que ha argumentado adolecer de varios problemas físicos y enfermedades, como presión alta y además requeriría transplantes de corneas en sus ojos, en juicio oral no ha justificado ni actuado medio probatorio alguno

[Firma manuscrita]



que acredite dichas dolencias físicas o enfermedades, por lo que la argumentación debe tenerse como no válida para los efectos de eximirlo de responsabilidad en la comisión del delito de incumplimiento de obligación alimentaria, aunado a que los alimentos, tal y como lo reconoce la normatividad civil, son de carácter intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, por lo que la justificación que propone la defensa resulta insuficiente para evadir dicha obligación.

2.4.- Pretensión impugnativa.- se absuelva al imputado de la acusación fiscal.

III.- ANALISIS

3.1.- Normatividad Aplicable

A). Constitución Política del Estado

- **Artículo 139°.-** "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)" 24, acápite e). Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarada judicialmente su responsabilidad.

B). Código Penal

- **Artículo 149°.-** "El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial..."

C). Código Procesal Penal

- **Artículo IV del Título preliminar.-** Prescribe que el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba y es quien asume la conducción de la investigación desde su inicio.
- **Artículo 157°.-** "1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley.

de la...



Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de las persona (...)*

- **Artículo 409.1.-** La competencia del Tribunal revisor consiste en resolver solamente la materia impugnada, así como declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
- **Artículo 452.2.-** La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; además no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.
- **Artículo 425.3 b)** La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409º puede, dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada...
- **Artículo 497. 3** "... Las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso..."

D). Decreto Legislativo 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público

- **Artículo 14.-** Carga de la Prueba. Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. (...)*

3.2.- Actuación a nivel del Juicio oral en segunda instancia:

Que en la audiencia pública, únicamente se actuó la declaración del imputado.

3.3.- Naturaleza jurídica del delito de Incumplimiento de Prestación Alimentaria.

3.3.1.- Bien jurídico: El tipo penal del artículo 149º del Código Penal, tiene como objeto la integridad y bienestar de la familia, cuando el sujeto

أبو بكر محمد



obligado no satisface por entero, las necesidades mas elementales de miembros, en otras palabras el deber de asistencia familiar.

3.3.2.- Tipicidad Objetiva: En relación al sujeto activo, se tiene que la descripción típica hace alusión a un "sujeto judicialmente obligado" a prestar una pensión alimenticia, por lo que sería un delito especial propio, pues dicha cualidad no la tiene cualquier persona; en cuanto al sujeto pasivo, puede ser el ascendiente, descendiente, menores de edad hasta los 18 años a menos que no se encuentre en aptitud su propia subsistencia.

3.3.3.- Materialidad Típica.- Conforme es de verse, de la redacción normativa, esta figura delictiva refiere a un tipo de omisión propia, pues el agente contraviene un mandato imperativo: "incumplimiento del contenido de la resolución jurisdiccional, en cuanto a la pensión alimenticia", no se requiere verificar la causación de estado perjudicial alguno. También se constituye en un tipo penal de omisión impropia, en vista de que el agente por asunción se convierte en "garante".

3.3.4. Tipo Subjetivo del Injusto.- el tipo penal en comento es reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; la esfera cognitiva del agente debe abarcar el hecho de saber estar jurídicamente obligado, vía una resolución jurisdiccional, a prestar una pensión alimenticia y, a pesar de ello, no cumplir con dicha obligación.

3.6.- EVALUACIÓN CONJUNTA DE PRUEBAS

3.3.1.- Que es necesario establecer de modo concreto que cada caso penal amerita una evaluación individual, atendiendo a las circunstancias como se produjeron los hechos objeto de la investigación y la naturaleza del delito que se está investigando y que será objeto de una posterior sentencia, en tal sentido que para que una conducta sea calificada como delito deben converger los elementos típicos objetivos y subjetivos del tipo penal donde se ha adecuado la conducta ilícita atribuida al imputado.

3.3.2.- Que en el caso concreto converge el elemento objetivo del tipo penal por el cual se ha formulado acusación y que radica en que el imputado incumplió la resolución judicial contenida en la Resolución número tres de fecha cinco de octubre del dos mil nueve. - véase de fojas treinta y tres del expediente judicial - la misma que lo condena a cancelar con el monto de pensiones

de la...



alimenticias devengadas ascendente a la suma de *un mil trescientos nuevos soles* bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento se procederá a la denuncia penal correspondiente. Por tanto, la sola omisión de dejar de cumplir las pensiones alimenticias establecidas via mandato judicial, que lo conmina a la realización de una determinada conducta con el apercibimiento expreso en la misma de proceder a realizar la denuncia correspondiente, encuadra o subsume dicha conducta en el tipo penal contenido en el artículo 149º del Código Penal.

3.3.3.- Que por el contrario el Colegiado considera que no se ha probado por parte del Ministerio Público el elemento subjetivo del tipo, esto es la intencionalidad o el ánimo doloso por parte del procesado, por las siguientes razones:

A. Que conforme lo establece el artículo 14º del Decreto legislativo 052, - Ley Orgánica del Ministerio Público - concordante con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala este último dispositivo que: *"el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio"*. Por ello, es que durante la etapa de la investigación preparatoria, el Fiscal persigue reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que le permitan decidir, si formula o no acusación y por su parte, respecto del imputado, preparar su defensa, conforme lo señala el artículo 321.1 del Código Procesal Penal. Siendo así, se advierte que durante el desarrollo de la investigación preparatoria – **comprendiendo dentro de ella a la investigación preliminar** – no se ha llevado un solo acto de investigación que acredite el elemento subjetivo del tipo penal, es decir la existencia del dolo; igualmente, durante el desarrollo del juicio oral en primera instancia, no se produjo ni actuó medio de prueba alguno que oriente a acreditar la capacidad física del imputado y por tanto que éste se encuentra en aptitud regular de cumplir con su obligación alimentaria.

B.- Que, si bien el Ministerio Público ha señalado que la responsabilidad del imputado se ha acreditado por la existencia de una sentencia expedida en el proceso civil número 2008-0465-0-2601-JP-FA-2 donde se declara fundada la demanda de Alimentos en contra de Genaro Marcial Vargas Astudillo, a favor de Maximina Barba Olaya, la misma que fuera confirmada por sentencia de

de la...



vista de fecha catorce de mayo del dos mil nueve, estableciéndose un monto de pensión alimenticia, así como por el incumplimiento de éste respecto de la resolución de fecha cinco de octubre del dos mil nueve que lo conmina cancelar el monto de *un mil trescientos nuevos soles* por concepto de pensiones alimenticias devengadas; el Colegiado arriba a establecer que efectivamente dichas piezas procesales sirvieron de sustento para que el Representante del Ministerio Público, incoe el inicio del proceso penal, al haberse acreditado la "responsabilidad civil" siendo necesario que por el contrario, corresponde a través del proceso penal se determine la "responsabilidad penal", de naturaleza jurídica distinta a la primera, donde es necesario no sólo la adecuación de la conducta reprochada en el tipo penal en concreto, sino el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del referido tipo penal.

C.- Que al respecto, conforme lo ha sostenido la defensa del imputado durante el desarrollo del proceso – véase *interrogatorio del acusado contenida en el acta de audiencia de juicio oral* – señala que efectivamente si tenía conocimiento de su obligación alimentaria impuesta a favor de su aún cónyuge, pero señala que no cumplió con ella porque se encuentra muy enfermo, que necesita un trasplante de cornea, que no tiene trabajo y que por el contrario la agraviada si tiene bienes. Que este alegato de defensa advertida por el imputado en el desarrollo del juicio oral en primera instancia, fue puesto oportunamente a conocimiento del representante del Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria – véase *declaración indagatoria del imputado contenida en la carpeta fiscal de requerimiento de formalización preparatoria* – donde expresamente el imputado señala: "(...) Que, el juzgado dice que debo, pero yo no estoy en condiciones de pagar porque estoy enfermo (...)" "(...) Que lo que pasa es que yo estoy enfermo, me han operado dos veces de la vista, y también estoy mal de la presión, y eso fue acreditado en el juzgado, sin embargo pese a ello, el juzgado quiere que pague; y ahorita me han dicho que tengo que operarme de la sinusitis (...)" "(...) Que, ahorita no estoy trabajando porque estoy delicado de salud, además tengo que operarme de la sinusitis y de la vista derecha – cambio de cornea y sufro de la columna; por lo tanto no estoy percibiendo dinero (...)". Esta situación descrita por el imputado, la misma que hace alusión a su delicado estado de salud, merecía una actividad

4/10/2010



estoy percibiendo dinero (...)”. Esta situación descrita por el imputado, misma que hace alusión a su delicado estado de salud, merecía una actividad mínima de investigación por parte del Señor Representante del Ministerio Público, la misma que hubiere estado orientado a desvirtuar el argumento de defensa del imputado y acreditar de modo contundente la existencia del elemento subjetivo del tipo, esto es el ánimo doloso de no querer cumplir con su obligación, al acreditarse o no el real estado de salud físico del imputado. En ese sentido, se debe tener en cuenta que “(...) la incapacidad económica, podrá ser reputada como una falta de dolo, pues no puede haber una intención de incumplimiento, cuando se esté materialmente imposibilitado de hacerlo, tema en discusión que deberá ser analizado por el Juez caso por caso; lo que no implica que se produzca una inversión de la carga de la prueba, (...), pues en un sistema procesal acusatorio, será el persecutor público el encargado siempre de demostrar la capacidad económica del imputado. (...)”¹

D.- Que esta Sala Penal Superior no comparte el argumento esgrimido por el representante del Ministerio Público, quien considera que en los delitos contra la Familia en su modalidad de “Omisión a las Prestaciones Alimentarias”, en el proceso penal instado, no es necesario la realización de mayores actos de investigación, pues afirma, que la obligación alimentaria ya estaría debidamente acreditada; No obstante ello, aceptar dicha postura, arribaría a considerar que en cuanto a este delito, la instancia judicial se convierta en un “mero órgano tramitador o ejecutor de decisiones extrapenales”; lo cual desnaturalizaría por completo las funciones del órgano Fiscal como defensor de la legalidad y además responsable de la carga de la prueba, igualmente como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional²

¹ ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Julio 2009, Lima Perú. Página 442.

² (...) 8. Este Tribunal considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta inculpada es delictiva; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictivo o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria; para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. (EXP. N.º 3960-2005-PHC/TC JUNIN. JUSTO ANTONIO COLONIO ARTEAGA) Fuente Pagina Oficial del Tribunal Constitucional.



E.- Que en tal sentido, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, quien asevera que sus males físicos le impiden desarrollar actividad económica alguna que le posibilite cumplir con la obligación alimentaria, la Fiscalía, debió desarrollar una actividad investigatoria orientada a destruir dicho argumento, a fin de que no existe duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que deviene en favorable para el procesado en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, contenida además en la norma adjetiva - artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal - que señala que "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales". Por lo que amerita concluir que no se ha acreditado la responsabilidad penal de Genaro Marcial Vargas Astudillo por el delito de incumplimiento de prestación alimentaria, deviniendo en ineludible emitir pronunciamiento absolutorio.

3.3.4.- Que resulta necesario establecer que si bien esta Sala Penal ha emitido sendas decisiones en materia de delitos referidos a incumplimiento de prestaciones alimentarias en el marco de la aplicación del nuevo modelo procesal penal, el presente fallo, no trasunta ni vulnera los fallos adoptados por este colegiado, pues toda decisión merece ser analizada conforme al caso concreto, debiendo ponderarse en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, siempre que los argumentos de defensa ofrecidos por el imputado, sean de naturaleza relevante, como en el presente caso – **que alude al tema de la incapacidad física** – que incluso de exigir el cumplimiento de la prestación alimentaria, que no esté debidamente acreditada, puede poner en peligro la propia subsistencia del imputado y la de quienes de dependan de éste.

3.3.5.- Finalmente corresponde precisar, que nuestra norma adjetiva ha previsto como regla general, que toda decisión que ponga fin al proceso penal debe establecer quien va a soportar las costas; sin embargo, también prevé la

Cardillo

circunstancia de excepción; que en en este caso es aplicable al ser el vencedor el Ministerio Público.



Por estas consideraciones, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, decide por **UNANIMIDAD**:

A.- REVOCAR la resolución sentencial de fecha veinticuatro de agosto del año dos mil diez, mediante la cual se condena al acusado Genaro Marcial Vargas Astudillo, como autor del delito de Omisión de Asistencia Familiar, en la modalidad de Incumplimiento de Obligación Alimentaria, en agravio de su cónyuge Maximina Vargas Olaya; y **REFORMÁNDOLA ABSOLVIERON** al procesado **GENARO MARCIAL VARGAS ASTUDILLO** de la acusación Fiscal en su contra por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, en la modalidad de Incumplimiento de Obligación Alimentaria, en agravio de su cónyuge Máxima Vargas Olaya.-

B.- DISPUSIERON la anulación de los antecedentes y el archivo definitivo de los autos.

C.- EXONERARON del pago de costas al Ministerio Público.

D.- DEVUELVA los actuados al juzgado de origen en cuanto sea su estado.

S.S.

~~TORRE MUÑOZ~~

~~CORAL FERREYRO~~

~~LESCANO FERNANDEZ~~

8.4. ACUERDO PLENARIO 002-2016



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 distingue 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 delictuosos 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 calificadas 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 incomparecencia 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 comparecencia; 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 irremediabilmente 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 incomunicada 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 inste 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.

17°. 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

18°. 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 1, NCPP– y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva –artículo 447, numeral 1), 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 8°, 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.

19°. 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 447° NCPP.

En este último caso –literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446° 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 355°.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 commissi* 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 –excarcelación 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