

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“Los beneficios de la aplicación del principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos en omisión de asistencia familiar”

Tesis para obtener el título profesional de abogado

Autor:

Ramírez Mantilla, Juan Carlos

Asesor:

Guevara Vásquez Marco Antonio

Cajamarca- Perú

2018

DEDICATORIA.

Dedico esta Monografía A. DIOS, a mis padres y mis compañeros de estudios, a mis maestros y amigos, quienes sin su ayuda nunca hubiera podido continuar adelante.

PRESENTACION

En el presente trabajo, se analiza el delito de omisión a la asistencia familiar, uno de los problemas que a diario se tramitan en las Fiscalías y así como en el Poder Judicial, ante ello se plantea un medio alternativo de solución.

El principio de oportunidad como medio alternativo de solución para el proceso inmediato cuando de omisión se trata, busca lograr algunos beneficios para el imputado y para el agraviado, evitando la carga procesal, así como también la celeridad.

Analizaremos como se origina, el delito de omisión a la asistencia familiar, en qué momento se configura como delito y donde se inicia. Este análisis nos ayudará para poder ampliar los conocimientos respecto a este delito y la manera cómo se puede llegar a una solución sin llegar a un proceso penal, para este análisis nos apoyaremos de teorías respecto al tema, la doctrina nacional e internacional, así como la normatividad por la cual está regulada.

Sin duda, en el delito de omisión a la asistencia familiar, causa más perjuicio en el agraviado es decir en alimentista, cuando se concreta con una sentencia privativa de libertad ya sea suspendida o efectiva, de ambos modos produce antecedentes penales al imputado siendo esto un impedimento para postular a un puesto de trabajo con mejor remuneración y si es efectiva mucho más porque limita al obligado a continuar trabajando para cumplir sus obligaciones como padre y el menor se quedaría sin el sustento que padre le puede dar.

Ante este problema se analiza el principio de oportunidad, que favorece a las partes procesales, quedando la fiscalía facultada para su correcta aplicación.

Esperamos contribuir a la sociedad jurídica con un granito de arena de esa manera fomentar a los estudiantes y profesionales del derecho a buscar la mejor manera de finalizar con el conflicto de controversias.

ESQUEMA 001

Palabras Claves:

Tema	“Beneficios, principio de oportunidad, omisión de asistencia familiar”
Especialidad	Derecho penal

Key Words:

Text	Benefits, Principle of Opportunity, Bypassing the Family Assistance
Specialty	Criminal law

Línea de investigación: Derecho

INDICE

Dedicatoria	i
Presentación	ii
Esquema 001- Palabras Claves	iii
Índice	iv
Resumen	ix
Abstract	x
Introducción	1

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1. Aspectos generales	2
2. Base teórica	3
2.1. Soto Bardales Magali Jacquelin (2008)	3
2.2. Aymituma Minchan Nilda Nancy y Verastegui Quiroz Carlos Rafael (2016)	4

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1. Teorías que sustentan la investigación	5
1.1. Teoría del conflicto	5

1.2. Medios alternativos de solución.....	5
2. Análisis del proceso inmediato como un proceso especial.....	6
2.1. Proceso inmediato.....	6
2.2. Naturaleza jurídica del proceso inmediato.....	8
2.3. Supuestos de aplicación del proceso inmediato.....	8
2.4. El presupuesto de flagrancia delictiva.....	9
2.5. Confesión del delito.....	11
2.6. Ausencia de complejidad o simplicidad.....	11
3. Análisis del delito de omisión de asistencia familiar en el proceso inmediato.....	12
3.1. El delito de omisión a la asistencia familiar.....	12
3.2. Omisión.....	12
3.3. Asistencia familiar.....	13
3.4. El termino omisión a la asistencia familiar.....	13
3.5. Omisión a la asistencia familiar.....	14
3.6. Naturaleza de peligro del delito.....	16
3.7. El bien jurídico protegido.....	17
3.8. Penalidad.....	17
4. La omisión a la asistencia familiar como delito instantáneo o continuado.....	17
4.1. Delito instantáneo.....	18
4.2. Delito continuado.....	18
4.3. Delito instantáneo con efecto continuado o permanente.....	19

CAPITULO III

APLICACIÓN Y BENEFICIOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS DE OMISION DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. Antecedentes históricos en la legislación peruana.....	20
2. Casos de aplicación del principio de oportunidad.....	24

2.1.	Casos de aplicación facultativa.....	24
2.1.1.	Caso del autor-víctima o de falta de necesidad de pena.....	24
2.1.2.	Lesividad menor.....	25
2.1.3.	Culpabilidad mínima o circunstancias atenuantes.....	25
2.1.4.	Casos de aplicación obligatoria.....	26
3.	Requisitos adicionales para aplicar criterios de oportunidad.....	26
3.1.	Pago por concepto de reparación civil.....	26
3.2.	Imposición adicional de multa y reglas de conducta suprimiendo el interés público.....	27
3.3.	Reincidencia o habitualidad.....	27
3.4.	Acogimiento con anterioridad al principio de oportunidad.....	28
3.5.	Actos secuenciales para aplicar el principio de oportunidad.....	28
3.6.	Consentimiento expreso del imputado.....	29
3.7.	Pago de reparación civil.....	30
4.	El principio de oportunidad en el código procesal penal de 2004.....	30
4.1.	Fundamentos de los criterios de oportunidad.....	31
4.2.	Teoría de lo insignificante o escaso impacto social.....	32
4.3.	La proporcionalidad.....	32
4.4.	El modelo integrador.....	33
4.5.	La estigmatización social.....	33
4.6.	Rescate de la víctima.....	34
4.7.	Reparación oportuna.....	35
4.8.	Efectivización de la mínima intervención.....	35
4.9.	Propender modos humanitarios de sanción.....	36
4.10.	Razones de utilidad material.....	36
5.	Clasificación del principio de oportunidad.....	37
5.1.	Oportunidad libre.....	37
5.2.	Oportunidad reglada.....	38
5.3.	Características de los criterios de oportunidad.....	38
5.3.1.	Taxatividad.....	38
5.3.2.	Excepcionalidad.....	39

5.3.3. Cosa decidida.....	39
5.3.4. Solución de equidad.....	39
5.3.5. Evita el proceso penal.....	40

CAPITULO IV

BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO INMEDIATO PARA LOS DELITOS EN OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. No se genera antecedentes al imputado.....	41
1.1. Se evita la carga procesal en los juzgados de investigación preparatoria y juzgados unipersonales.....	42
1.2. Se contribuye a la celeridad, economía procesal y legitimación del sistema de justicia.....	43
1.3. Se resarce el daño producido al agraviado de modo inmediato.....	44

CAPITULO V

LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO

1. A nivel regional.....	45
1.1. Longa Miranda Diocelinda (2010).....	45
1.2. León Deza de Malca Esperanza Isabel (2006).....	46
2. A nivel nacional.....	47
2.1. Bazán Barrera Samanta Yusilu y Vergara Cabrera Elma Sonia (2014).....	47

2.2. Benavides Vargas rosa Ruth (2002).....	47
3. Evolución del principio de oportunidad.....	48
4. Antecedentes históricos del principio de oportunidad en el derecho procesal penal comparado.....	49
5. Antecedentes del proceso inmediato.....	49
6. Derecho comparado.....	51
6.1. Legislación alemana.....	51
7. Legislación norteamericana.....	51
8. Legislación española.....	52
9. Legislación italiana.....	53
10. Legislación inglesa.....	53
11. Legislación colombiana.....	54
12. Legislación argentina.....	54
13. Legislación chilena.....	55
CONCLUSIONES.....	56
RECOMENDACIONES.....	57
RESUMEN.....	58
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	59
ANEXO.....	63

RESUMEN

Del análisis de alguno de los casos tramitados en los juzgados de investigación preparatoria del poder Judicial de Cajamarca, respecto a los delitos de omisión a la asistencia familiar y de la aplicación del principio de oportunidad dentro del proceso inmediato, además de considerar que los juzgadores optan por la aplicación de la terminación anticipada y no por el principio de oportunidad, estando éste normado en el inciso 3 del artículo 447 del C.P.P y considerando que el imputado cancele la totalidad de la reparación civil y la indemnización por daños y perjuicios.

Ante tal situación es que se plantea las siguientes alternativas de solución al problema planteado en la investigación:

1. Cuando el abogado de la defensa insta al principio de oportunidad dentro del proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar, el juez debe aplicar éste principio y no optar por otro, toda vez que se encuentra normado por ley y constituiría un derecho del imputado, de no ser así se vulneraría el derecho al debido proceso.
2. Cuando se insta al principio de oportunidad dentro del proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar, el juez para atender esta solicitud debe considerar la cancelación de la totalidad de la reparación civil y la indemnización por daños y perjuicios, la cual se realizará en el mismo acto, de no ser así, el juez determinar lo que crea conveniente.

Palabras Claves: Beneficios, Principio de Oportunidad, Omisión a la Asistencia Familiar.

ABSTRACT

Analysis of some of the cases filed in the courts of preliminary investigation of the judiciary of Cajamarca, with respect to crimes of omission family care and the application of the principle of opportunity within the immediate process, besides considering that the judges choose by applying early and no termination by the principle of opportunity, the latter being regulated in paragraph 3 of Article 447 of the CPP and considering that the accused has canceled the entire including debt civil damages, judges have preferred to opt for a measure that generates damages, both the accused and his family environment and generate the same way labor and administrative burden on the judiciary. Faced with this situation is that the following alternative solutions to the silver problem arises in the investigation:

1. When the defense lawyer urges the principle of opportunity within the immediate crime of omission family care process, the judge must apply this principle and not opt for another, since has been regulated by law and constitute a right of the accused, otherwise the right to due process would be violated.
2. When urging the principle of opportunity within the immediate process in crimes of omission family care, the judge to service this request should consider the total cancellation of debt including civil damages, which will be held in the same act, otherwise, the judge will determine what it deems appropriate.

Key Words: Benefits, Principle of Opportunity, Bypassing the Family Assistance

INTRODUCCIÓN

El proceso inmediato es uno de los procesos especiales así denominados conjuntamente con el proceso por razón de la función pública (proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, procesos por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios), proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal, proceso de seguridad, proceso de terminación anticipada, proceso por colaboración eficaz, proceso por faltas que están regulados en el libro quinto del Código Procesal Penal y que comprende desde los Arts. 446 al 487. Pero la incógnita presente es ¿puede aplicarse un criterio de oportunidad en un proceso inmediato? y el criterio que sustento me dice que en definitiva, si, a pesar que en definitiva existirán otras tendencias que digan lo contrario y si estas son convincentes entonces tendremos que variar nuestra postura dogmática, “desvinculándonos” de nuestra idea inicial.

Es necesario precisar que cualquier margen de duda en una norma o un tema de interpretación tiene que ser aplicada bajo el principio pro homine, pues el debido proceso solo es para la persona humana, si no veamos todos los textos en materia de Derechos Humanos, pues hay que recordar lo que se dijo en algunos debates en audiencia “Para un Juez garantista la duda favorece al imputado pero para un juez de tendencia inquisitiva, la duda favorece al Ministerio Público” y un proceso a decir de Asencio Mellado: “No es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad (...)”, aspecto que a mi modesto entender no tiene el proceso inmediato. (Asencio Mellano, 2005, pág. 493).

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1. Aspectos generales.

Uno de los acontecimientos judiciales que ha logrado llamar la atención y ha generado expectativa en la población peruana es el Decreto Legislativo N.º 1194, publicado el 30 de agosto del 2015 en el diario oficial El Peruano, el cual modifica los artículos 446º, 447º y 448º, del Código Procesal Penal, que regulan el proceso inmediato, decreto que entró en vigencia el 29 de noviembre de 2015, desde entonces, se ha suscitado en nuestro medio, una serie de cuestionamientos sobre su aplicación.

En uno de los casos donde se ha cuestionado la aplicación de este Decreto Legislativo, es en los delitos de Omisión de Asistencia Familiar; al respecto, debemos precisar que este delito se deriva de un proceso de alimentos en la vía civil, el cual inicia con una demanda ante el juzgado de paz competente. Ante ello, surgen los siguientes cuestionamientos; 1) cómo garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso cuando no se emplaza correctamente al demandado desde el proceso de alimentos en la vía civil, para luego ser derivado al Ministerio Público por el delito de Omisión a la asistencia familiar con la misma deficiencia, 2) Cómo garantizar el debido proceso cuando en los delitos de Omisión de Asistencia Familiar dentro del proceso inmediato no se produce una buena defensa técnica y es que, por la rapidez o celeridad del proceso, no permite realizar más investigaciones, por último, 3) en el proceso inmediato cuando se refiere a Omisión de Asistencia Familiar, los magistrados para sancionar consideran el “no querer cumplir” es decir el imputado debe cancelar la totalidad de la reparación civil y la indemnización por daños y perjuicios, quedándole al imputado sólo la opción de acogerse a la terminación anticipada, sin embargo consideramos que también se tiene que tomar en cuenta el “no poder cumplir”, término utilizado en el fundamento 15 del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116, esto debido la capacidad económica del imputado, para lo cual, es necesario realizar y contar una investigación, pero en el proceso inmediato se suprime esta etapa,

entonces cuando esto suceda, debe ser obligatorio la aplicación del principio de oportunidad.

La aplicación del principio de oportunidad dentro del proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar, produce beneficios para el imputado y además contribuye a la reducción de la carga procesal en los juzgados, contribuye a la celeridad y economía procesal.

2. Base teórica.

Para el desarrollo del presente proyecto de investigación, se buscaron antecedentes en las bibliotecas de las facultades de las diferentes Universidades de la ciudad de Cajamarca, así como también de universidades a nivel nacional, las cuales sirven de soporte que nos ayudarán a comprender, indagar y orientar nuestra investigación; de las cuales tenemos:

2.1. Soto Bardales Magali Jacquelin (2008);

En su Tesis “Un Fundamento de Inconstitucionalidad de la Aplicación del Principio de Oportunidad por el Ministerio Público”, presentado en la Universidad Nacional de Cajamarca, para optar el Título profesional de abogado; esta tesis tuvo como objetivo determinar la aplicación del Principio de Oportunidad por el Fiscal es Inconstitucional; donde llego a las siguientes conclusiones:

La institución Jurídica del Principio de Oportunidad se encuentra formando parte de las normas procesales del Nuevo Código Procesal del 2004, por lo que, al estar este código inspirado por las directrices del Modelo Acusatorio Moderno, el Principio de Oportunidad debe ser coherente con la característica medular de este modelo, es decir con el principio acusatorio.

Con la aplicación del Principio de Oportunidad extra proceso, se faculta a los fiscales a determinar la existencia de un delito ordinario, establecer la responsabilidad penal y el grado de participación del agente involucrado, así como fijar el quantum de la Reparación Civil; con lo cual se les está otorgando facultades Jurisdiccionales (especialmente facultades Jurisdiccionales Penales Ordinarias), por cuanto necesariamente para cumplir con lo facultado, tiene que aplicar e interpretar normas jurídicas sustantivas y adjetivas, ya sea de naturaleza

Penal o Civil, recogidos en los Códigos Adjetivos y Sustantivos Penales y Civiles vigentes; lo que se evidencia además cuando tienes que aplicar los criterios de oportunidad previstos en la propia norma que regula la aplicación del Principio de Oportunidad. (Soto Bardales, 2008, p. 125)

2.2. Aymituma Minchan Nilda Nancy y Verastegui Quiroz Carlos Rafael (2016);

En su Tesis “La Inadecuada Regulación del Principio de Oportunidad: Fundamentos para la Modificación de los Párrafos B) y C) del Numeral 9 del Artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano”, presentado en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrero de Cajamarca, para optar el grado académico de magister en Derecho Penal y Criminología.

Los autores abordan a las principales conclusiones:

El párrafo c) del numeral 9 del artículo 2° del Código Procesal Penal, modificado por Ley 30076, atenta contra la naturaleza misma de los criterios de oportunidad, en un sistema de justicia penal restaurativa como postula el modelo procesal penal vigente, al no permitir la utilización del principio de oportunidad en más de una oportunidad. Tal incongruencia ha sido percibida por el 74% de los fiscales encuestados.

La celeridad y eficacia procesal es percibida gracias al reparo inmediato del agravio a la víctima, en ese sentido los fiscales han hecho notar que un 94% esta se logra gracias al principio de oportunidad.

El legislador, al creer conveniente restringir la aplicación del principio de oportunidad a los supuestos dentro del plazo de cinco años, está cometiendo un uso indiscriminado en la aplicación pues no está prevista que sea en todos los casos hasta en dos oportunidades, efectuando un trato desigual a los autores de los hechos delictivos de distinta naturaleza. Esta vulneración al principio de igualdad también se observó en el 74% de los fiscales que piensan que existe. (Aymituma Minchan & Verastegui Quiroz, 2016, p. 98).

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1. Teorías que sustentan la investigación.

1.1. Teoría del conflicto.

Esta teoría nos ayudará a encontrar una razón más por la cual se debe aplicar el principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar, puesto que todo surge de un conflicto y el objetivo es una solución a ese conflicto.

Marianella Ledesma Narváez, cita a Folberg y Taylor los cuales “definen al conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes” (Ledesma Narváez, 2000, p.76).

Así también encontramos que el conflicto:

Puede ser entendido, asimismo, como aquel proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de igual manera, en alguno de sus intereses. (Montes de Oca Vidal, 2013, p. 112).

Sin embargo, no todo conflicto queda como tal, sino que ante ello es preciso una solución. En el caso del delito de omisión de asistencia familiar, el conflicto se ha originado por el incumplimiento de una resolución judicial que ordena a uno de los padres a la prestación de alimentos, dicho conflicto, debe concluir con una solución, esta solución puede ser beneficiosa para uno y perjudicial para otro, sin embargo, existen mecanismos jurídicos que pueden poner fin al conflicto de manera rápida y con beneficios para ambas partes.

1.2. Medios alternativos de solución.

En la solución de un conflicto, no siempre se tiene que perjudicar a una de las partes, sino que a través de otros mecanismos ambos puedan ser beneficiados, a esto se lo llama “Medios alternativos de solución de conflictos” el cual:

Puede ser entendido así mismo, como aquel proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de igual manera, en alguno de sus intereses. (Osorio Villegas, 2002, p. 49)

Un medio alternativo de solución también con lleva a lo justo para las partes:

Se debe tener claro. No se trata de una renuncia a la justicia o de una privatización de la misma, sino de la existencia de diversos mecanismos para conseguirlas (Vado Grajales, 2013, p. 377)

Conociendo el concepto de conflicto y el concepto de medios alternativos de solución de conflictos, debemos indicar que el principio de oportunidad aplicado en el proceso inmediato para los delitos de omisión a la asistencia familiar es un mecanismo alternativo de solución del conflicto, la cual beneficiará a ambas partes.

2. Análisis del proceso inmediato como un proceso especial.

En el presente capítulo, se analizará al proceso inmediato, las modificatorias que lo convirtieron en un proceso especial, así como los supuestos de aplicación para este proceso, la inclusión del delito de omisión de asistencia familiar como parte de la modificatoria y la modificación del verbo rector “podrán” por “deberá” convirtiendo en obligatorio su aplicación.

2.1. Proceso Inmediato.

El proceso inmediato, modificado a través del Decreto Legislativo 1194 para los supuestos de flagrancia delictiva, publicado el 30 de agosto del 2015 y que entró en vigencia el 29 de noviembre de 2015, tiene la finalidad de fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, estableciendo instrumentos normativos y eficaces para el procedimiento de las causas penales. En esa línea, el proceso inmediato se ha separado del proceso penal común convirtiéndose en un proceso especial.

Es así que, los abogados Hurtado Huaila¹ y Reyna Alfaro² establecen como concepto de este tipo de proceso lo siguiente:

¹ Abogada del Estudio Caro & Asociados. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la empresa (CEDPE)

El proceso inmediato es un proceso especial distinto al proceso común. Se trata de un proceso que tiene por finalidad la simplificación y celeridad de las etapas del proceso común, y está previsto para aquellos casos en los que no se requiere de mayor investigación para que el fiscal logre su convicción respecto a un caso en concreto y formule acusación. (Hurtado Huaila & Reyna Alfaro, 2015, p. 11)

De la misma manera el entonces presidente del Poder Judicial, Ticona Postigo en la introducción de la revista *Ius in Franganti* define al proceso inmediato y refiere:

En efecto, el proceso inmediato se constituye en un proceso especial y además una forma de simplificación procesal sustentada en criterios de racionalidad y eficiencia, sobre todo en aquellos casos en los que por sus propias características como es la flagrancia, son de innecesarios mayores actos de investigación. (Ticona Postigo, 2016, p.4)

Todo esto, en busca de la celeridad y rapidez de los procesos, porque siendo un proceso especial no desarrolla las fases de investigación preparatoria e intermedia produciéndose así una simplificación procesal, bajo algunos presupuestos, además se cambia el verbo rector de “podrá” que facultaba al fiscal, por “deberá”, agregando también que el fiscal debe incoar el proceso inmediato “bajo responsabilidad”, estos términos hacen que este proceso sea de aplicación obligatoria para el fiscal de turno, en ese sentido, Reynaldo Pandia Mendoza³ sostiene que:

Con la vigencia progresiva del Código Procesal Penal de 2004 en el Perú, este mecanismo de simplificación procesal estuvo regulado con incoación de carácter facultativo por parte del Ministerio Público, es decir, este –el proceso inmediato– constituía una alternativa a discreción del Fiscal; sin embargo, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1194, el cual modificó varios artículos del Código Procesal Penal en comento, la incoación de este proceso especial se ha convertido en “obligatoria”.(Pandia Mendoza, 2016, p.2)

Por esa misma rapidez y celeridad, en muchos de los casos, este Decreto Legislativo 1194 es elogiado, sin embargo, también es cuestionado respecto a su

² Abogado Director de Caro & Asociados. Gerente de Operaciones e investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE)

³ Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular, Mg. en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

eficacia, porque para algunos, consideran que se vulneran derechos, tales como, el derecho a la defensa y el derecho a la prueba.

Otras de las novedades que presenta este Decreto Legislativo, es la inclusión de los delitos de conducción en estado de ebriedad y de omisión de asistencia familiar.

2.2. Naturaleza Jurídica del Proceso Inmediato.

El 17 de noviembre de 2010, se emitió el Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, denominado “Acusación Directa y Proceso Inmediato” donde se definió al proceso inmediato como un proceso especial y una forma de simplificación procesal, donde además se faculta al Fiscal con el verbo rector “podrá” en cuanto a la incoación del proceso inmediato.

Ante la modificatoria por el Decreto Legislativo N°1194, debemos conocer qué lo hace especial al proceso inmediato y por qué se diferencia del proceso penal común.

Con la finalidad de celeridad y simplificación de las etapas del proceso penal común, se encuentra la naturaleza jurídica del proceso inmediato, es decir, cuál es su esencia o característica principal, al respecto, en la opinión de Ana Cecilia Hurtado Huaila y Luis Miguel Reyna Alfaro refieren que:

La naturaleza jurídica del proceso inmediato, es decir, su esencia o característica principal, está basada en la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos como el tiempo y otros aspectos innecesarios. En ese sentido, el proceso inmediato tiene como finalidad esencial dar pronta solución a los conflictos de relevancia penal, en los casos en que es innecesaria una prolongada o compleja investigación. (Hurtado Huaila & Reyna Alfaro, 2015, p. 12)

Se destaca de lo antes referido la inmediatez, la celeridad, la economía y ahorros de recursos, sin embargo, en estos dos últimos aspectos, consideramos que no se cumple como se indica, esto debido que, en la práctica, aún se generan gastos para el Poder Judicial, tanto económicos y de recursos por el incremento delincencial y las constantes denuncias de los agraviados.

2.3. Supuestos de aplicación del proceso inmediato.

El Decreto Legislativo 1194 que modifica algunos artículos del Código Procesal Penal, entre ellos el artículo 446° numeral 1, donde se establece los supuestos de aplicación del proceso inmediato, estableciendo además en verbo

rector “debe” que obliga al fiscal a solicitar la incoación del proceso inmediato cuando concurren los presupuestos consignados en los literales: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, b) el imputado ha confesado la comisión del delito, c) elementos de convicción.

Siendo obligatorio su aplicación por los fiscales, el 01 de junio de 2016 se emitió el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, respecto a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, así como el proceso especial inmediato reformado, se estableció en este pleno una interpretación uniforme para este tipo de proceso, así como también unificación de criterios y desarrolla con más claridad los presupuestos para la aplicación del proceso inmediato.

Al respecto el fiscal de la Nación Pablo Sánchez Velarde⁴, en un artículo publicado en la web del comercio refiere:

El proceso inmediato es un proceso especial previsto en el Nuevo Código Procesal Penal (CPP) y procede en tres supuestos, cuando: a) la persona es sorprendida en flagrante delito, b) la persona confiesa el delito y c) hay suficiencia probatoria. En estos casos, el Decreto Legislativo 1194 obliga al fiscal a que solo en los casos de delito flagrante debe promover el proceso inmediato, dejando de lado el proceso común. (Sánchez Velarde, 2016, párr. 3)

Para poder conocer un poco más respecto a los presupuestos de aplicación del proceso inmediato estableceremos algunos conceptos en los cuales se desarrollan.

2.4. El presupuesto de flagrancia delictiva.

Debemos hacer mención a los presupuestos materiales según el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, i) evidencia delictiva, ii) ausencia de complejidad o simplicidad.

Dentro de la evidencia delictiva encontramos a la flagrancia y para poder definir este término recurriremos a la Ley 29569 que modifica el artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, volviéndose al mismo texto de los decretos legislativos 983 y 989 expedidos en el año 2007, así en un artículo publicado por Cabrejo Ormachea refiere que:

⁴ Artículo redactado por Pablo Sánchez Velarde Fiscal de la Nación

“A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso.” (...) (Cabrejo Ormachea, 2011, p. 5-6)

El doctor Cesar San Martin Castro en uno de sus artículos cita y define el concepto respecto a la flagrancia delictiva refiere que:

Es una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la comisión del delito (STSE 716/2005, del 6 de junio) Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento inmediatamente después de cometerlo o mientras sea perseguido o cuando tenga objetos, presente algún vestigio que haga presumir que acaba de cometer o participar en algún ilícito [LLOBET]. (San Martin Castro, 2016, p. 14)

De la misma forma y para una mejor comprensión, el Tribunal Constitucional peruano, en una de sus sentencias, establece cuándo se configura flagrancia y resalta como tal a dos presupuestos:

La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y la inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en la eventual participación en el evento delictivo (...). (EXP. 01757-2011-PHC/TC)

De esta manera se entiende que la flagrancia es la percepción incitu de los hechos y antes de las 24 horas.

Así mismo cuando se habla de flagrancia se tendrá que mencionar los tres tipos de flagrancia reconocidos por los procesalistas y citados en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 estas son:

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 ha sido perseguido desde la realización del delito.
3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención, que viene de “intervenir” en el hecho delictivo (López Betancour, 2000, p. 95)

2.5. Confesión del delito.

Regulado por el inciso 1 del artículo 160° de CPP, en ese sentido San Martín Castro refiere:

Es provocar que el encausado realice una pronta confesión del hecho, que permita la identificación del autor del delito desde un primer momento y de esta manera facilitar el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes del hecho delictivo (STSE 118/2002, del 4 de febrero). Desde una perspectiva funcional debe entenderse como el reconocimiento del imputado de la participación en el hecho objeto de imputación. El procesado debe admitir los cargos o imputación formulada en su contra, es decir, reconocer la comisión de los hechos incriminados. (San Martín Castro, 2016, p.15-16)

Para resumir lo dicho diremos que la confesión es la aceptación de los cargos por parte del imputado de forma voluntaria, sin ningún tipo de coacción, reconoce haber cometido el delito.

Los abogados Hurtado Huaila y Reyna Alfaro en su artículo publicado en Gaceta Penal refieren que los elementos de convicción son:

(...) actos de investigación o actos de prueba preconstituida que permitan establecer de modo cierto, claro, patente y manifiesto, la realidad del delito y la vinculación del imputado con su comisión. (Hurtado Huaila & Reyna Alfaro, 2016, p. 156)

De la misma forma en una publicación en internet por Yosely Herrera, se establece que:

Los elementos de convicción son actos de investigación desarrollados por el Policía y/o el Fiscal, que sustentan la imputación de un hecho delictivo a una persona determinada.

Serán evidentes cuando la fuerza probatoria de cada elemento genere convicción en el Fiscal para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. (Yosely Herrera, 2016, p. 5)

Estos elementos deben causar convención en el fiscal para que pueda solicitar la incoación del proceso inmediato.

2.6. Ausencia de complejidad o simplicidad.

Contemplado en los numerales 1 y 2, del artículo 446° del C.P.P, el cual establece cuándo el fiscal deberá incoar el proceso inmediato y cuando no.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, refiere que “en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve (...)”

La norma establece sobre los casos son exceptuados del proceso inmediato, contemplado en el numeral 3 del artículo 342° del C.P.P, puesto que algunos de los casos ameritan seguir con todas las etapas del proceso penal común.

3. Análisis del delito de omisión de asistencia familiar en el proceso inmediato.

Corresponde analizar el delito de omisión de asistencia familiar, qué es, dónde se regula, cómo se origina y la importancia que ha tomado en el proceso especial denominado proceso inmediato.

3.1. El delito de omisión a la asistencia familiar.

Para poder entender el delito de omisión a la asistencia familiar, debemos conocer cómo se origina, es decir, cómo se llega a tipificar este delito en nuestra sociedad, para ello, trataremos algunos temas importantes que nos ayudaran a entender un poco más sobre este delito.

3.2. Omisión:

Cuando se habla de omisión de asistencia familiar, se relaciona con un proceso de alimentos y esto tiene su razón, puesto que, este delito se deriva de un proceso civil de alimentos, sin embargo, qué se entiende por omisión y cuál es su significado, al respecto consultaremos el diccionario Cabanellas de Torres donde refiere del termino de omisión como:

Abstención de hacer; inactividad; quietud. Abstención de decir o declarar; silencio, reserva; ocultación. Olvido. Descuido. Falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa. Lenidad,

flojedad del encargado de algo. (V. ACCIÓN DILIGENCIA.) DOLOSA. Laque no se debe a simple olvido, desidia o negligencia, sino que es voluntaria y dirigida a la producción de un resultado perjudicial para otro, que debía evitar o que se estaba obligado a impedir; en el primer caso sin riesgos para uno, y en el segundo, aunque fuere peligroso. (Cabanellas de Torres, 2010, p. 280)

Se hace notar todos los sinónimos respecto a este término que explican el significado del término omisión, la cual, podemos resumir en una frase, dejar de hacer algo obligatorio y necesario que puede perjudicar a otro.

3.3. Asistencia familiar.

La doctora Martha Adelceinda Ruiz Pérez⁵ en una de sus artículos publicados indica:

Al respecto, el Código Civil en su artículo cuatrocientos setenta y dos nos informa que la “asistencia familiar está relacionada con el concepto jurídico de los alimentos, entendiéndose como tal, a lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido asistencia familiar, educación, capacitación para el trabajo, salud, recreación, según la situación y posibilidades de la familia. (Ruiz Pérez, p.4)

La misma autora menciona otra apreciación respecto a este término de asistencia familiar citando al profesor Campana Valderrama indicando que:

Las relaciones jurídicas creados a partir del matrimonio, adopción, concubinato o simplemente de la paternidad o maternidad, determina la existencia, fidelidad, hasta el llamado débito familiar, lo que implica un deber de asistencia familiar por la persona o personas encargadas de garantizar, de manera natural e inexcusable, el mantenimiento de las condiciones mínimas materiales del sustento y formación de los miembros de su familia. (Ruiz Pérez, p.4)

3.4. El termino omisión a la asistencia familiar.

Habiendo comentado líneas arriba respecto a la asistencia familiar y el significado de omisión al cumplimiento de dar alimentos, es ahí donde se origina el término omisión de asistencia familiar, regulado en nuestro Código Penal vigente en su artículo 149° sobre a los delitos contra la familia, donde se establece un concepto en relación con este delito, e indica lo siguiente, “el que omite

⁵ Juez del Juzgado Especializado de Chinchá

cumplir su obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial” a esto le vendría una consecuencia, “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestaciones de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas (...)”, como es de ver en el párrafo primero del artículo 149° CP, nos indica cual es el origen del delito, precisa que es el incumplimiento de la resolución judicial respecto los alimentos, convirtiéndose así un reclamo de carácter patrimonial.

Se debe entender por alimentos como “cualquier sustancia que puede ser asimilada por el organismo y usada para mantener sus funciones vitales, caso especial de los seres humanos” según define el DRAE o lo que se ha establecido en el artículo 472° del Código Civil, “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia (...)”

Para que este delito se incluya en el referido proceso inmediato, sólo basta que se acredite, la existencia de un requerimiento contenida en una sentencia judicial respecto a un proceso civil de alimentos, en otros términos, cuando el obligado no ha cumplido con dicha resolución judicial.

A diferencia de otros delitos, el de omisión a la asistencia familiar, es que se excluye para el proceso inmediato, la flagrancia, confesión y la evidencia delictiva, es así que el doctor Cesar San Martin Castro considera:

Desde la perspectiva contraria, de incoación obligatoria del proceso inmediato, se cuentan los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (artículo 149-150 y 274 del CP), en los que se excluyen los presupuestos de flagrancia, confesión y evidencia delictiva (artículo 446.4 del NCPP). En pureza, desde la propia configuración de tales delitos – salvo el caso del artículo 150 CP-, se tiene que se trata de ilícito penal, el primero, de evidencia delictiva – por la resolución judicial proveniente del proceso civil de alimentos, que es un elemento del tipo objetivo (...) (San Martin Castro, 2016, p. 22-23)

Sin embargo, cabe preguntarse qué tan beneficioso es para el agraviado y qué tan perjudicial para el obligado o imputado es ventilar en una vía penal respecto a las relaciones familiares, sobre el tema, el profesor Salinas Siccha refiere:

Es así que, en la doctrina, no pocos entendidos han señalado que la intervención en las relaciones familiares del Estado vía derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina (Salinas Siccha 2008, p. 403).

3.5. Omisión a la Asistencia Familiar.

El profesor Salinas Siccha, refiere que, “el Derecho Penal es un medio de control social formal, pero este control social es de última ratio, es decir, solo se pone de manifiesto cuando otros medios de control blandos han fracasado”. Así mismo afirma que:

No se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad. Se afirma que el estado debe abstenerse de intervenir por aquel medio. Sin embargo, tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden librarse. En efecto la criminalización de tal omisión se sustenta en la protección del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integral. (Salinas Siccha, 2008, p. 403)

Por otro lado, también refiere que en Nuestro Código penal peruano donde se establece los delitos contra la familia refiriéndose a la Omisión de asistencia familiar, en su artículo 149° respecto al incumplimiento de obligación alimentaria, indicando que:

“El tipo penal en análisis se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos”. (Salinas Siccha 2008, p. 404).

Para otros autores, como Peña Cabrera, quien califica al delito de omisión de asistencia familiar como un delito de peligro:

Ya que su consumación típica, no está condicionada a la concreción de un resultado exterior alguno, basta con que el autor no de cumplimiento efectivo a la prestación alimenticia, sin necesidad de que ex -post haya de acreditarse una aptitud de lesión para el bien jurídico protegido, por lo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto. (Peña Cabrera 2008, p. 434).

Además, resulta indispensable que el obligado tenga conocimiento pleno del proceso sobre alimentos que le corresponde, contrario sensu si el obligado nunca tuvo conocimiento del proceso de alimentos, sería imposible imputarle el delito de omisión de asistencia alimentaria.

Es así que jurisprudencialmente, se ha expresado que:

El delito de omisión de asistencia familiar se produce cuando el infractor incumple dolosamente su obligación alimentaria judicialmente declarada; en el presente caso, al hallarse tal obligación señalada en resolución judicial superior debidamente notificada al procesado, quien fue requerido para el pago de pensiones devengadas, las mismas que no han sido canceladas, existen suficientes fundamentos para que el encausado sea pasible de condena (Rojas Vargas; Infantes Vargas; Quispe Peralta, 2007, p. 135)

De las referencias antes mencionadas, podemos decir que sólo será imputado por el ilícito de omisión de asistencia familiar; el sujeto que ha sido una vez notificado una asignación provisional o la sentencia por la cual se le obliga pagar determinada cantidad de dinero por concepto de pensión alimenticia, y no cumple con dicha obligación.

3.6. Naturaleza de peligro del Delito.

El Artículo 149° del Código Penal tipifica el incumplimiento de obligaciones alimentarias donde se desprende que el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente, el sujeto activo, omite cumplir con la prestación de alimentos al sujeto pasivo, la persona a la que se debe prestarse una pensión alimenticia, el cual, ha sido establecida por una resolución judicial civil, en ese sentido, Fidel Rojas Vargas comenta:

(...) se dice que es un delito de peligro, en la medida que basta con dejar de cumplir con la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo, requiriéndose que dicho comportamiento se realice necesariamente a título de dolo” (Rojas Vargas, 2012, p.252)

A lo dicho podemos traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de la República, en su ejecutoria del 12 de enero del año 1988 (Expediente N° 7304-97) donde indica: “Que el comportamiento del sujeto activo en este tipo de delito, consiste en omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida en una Resolución Judicial, siendo un delito de Omisión Propia, donde la norma de mandato consiste en una obligación que pesa sobre el sujeto activo de cumplir con sus deberes legales de asistencia”

Esto nos lleva a tomar en cuenta lo que se ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 02-2016-CIJ-116, cuando se indica “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). De lo antes mencionado resalta como tipicidad objetiva el dolo, es decir la intención y voluntad de causar un daño. Entonces este delito se consuma cuando el agente omite prestar alimentos, estando debidamente notificado.

3.7. El bien jurídico protegido.

En el delito de omisión de asistencia familiar, el fundamento de la obligación alimentaría se vincula al orden familiar y al parentesco, y es precisamente en el recinto familiar donde las exigencias de subvenir a las necesidades ajenas adquieren un relieve mayor. Se trata de un interés tutelado por razones de humanidad, en ese sentido, el bien jurídico protegido viene hacer la familia particularmente la asistencia familiar, así lo indica Rojas Vargas:

(...) teniendo en consideración que el bien protegido es la familia y específicamente los deberes de tipo asistencial, como obligación de sus padres con sus descendientes, de acuerdo a lo previsto en Código de Niños y Adolescentes” (Rojas Vargas, 2012, p.252)

3.8. Penalidad.

Cuando nos referimos a la penalidad el cual es la sanción establecida o tipificada en el código penal; sin embargo, siendo el principio de oportunidad un beneficio para no llegar y evitar la pena:

El agente de la conducta prevista en el tipo penal será sancionado 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 con el mandato judicial. (Salinas Siccha, 2012, p.302).

4. La omisión a la asistencia familiar como delito instantáneo o continuado.

Respecto al delito de omisión a la asistencia familiar, se ha generado en la doctrina un debate de análisis e interpretación, algunos consideran que la omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo, mi entras que otros lo consideran

como un delito continuado y también existe otra corriente que consideran que es un delito instantáneo con efectos permanentes, para tal caso por qué existe esta división de criterios.

4.1. Delito instantáneo.

Para entrar a una definición al respecto, debemos mencionar el artículo 149° del penal parte pertinente, donde refiere “el que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial...”

En base a esta definición:

Se considera el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una la orden judicial de pago de pensión alimenticia, computándose el plazo de prescripción de la acción penal, desde el vencimiento del requerimiento judicial. (Pleno jurisdiccional distrital penal 2010 Corte Superior de Justicia Lima – primera ponencia)

Entonces, para calificar al delito de omisión a la asistencia familiar como delito instantáneo, sólo basta el incumplimiento de la orden judicial de pago de pensión alimenticia.

4.2. Delito continuado.

Para definir este aspecto es necesario recurrir al artículo 49° del código penal primer párrafo donde refiere, Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionaran con la pena correspondiente al más grave.”

Tomando en consideración lo antes dicho se establece o se bosqueja una definición del motivo por el cual se considera al delito de omisión a la asistencia familiar es un delito continuado.

Otros consideran el delito de Omisión a la Asistencia Familiar como un delito continuado, por la omisión reiterativa al incumplimiento de la orden judicial, por lo que el plazo para el computo de la prescripción deberá computarse desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y traerá como consecuencia que el Juzgador incremente un tercio la pena máxima para el delito más grave. (Pleno jurisdiccional distrital penal 2010 Corte Superior de Justicia Lima – segunda ponencia)

En este pleno jurisdiccional distrital penal 2010 de la Corte de Justicia de Lima se concluye que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito instantáneo, siendo que para su configuración es suficiente que se incumpla una sola orden judicial de pago de pensión alimenticia.

4.3. Delito Instantáneo con efecto continuado o permanente.

De las dos apreciaciones antes expuestas, se llega a un criterio de alguna manera mixto y es que:

Señala Ragno⁶ que si bien en el Derecho Romano no existía una manifestación expresa sobre los delitos permanentes, sí se aprecia en el digesto algunas referencias a la continuación en el delito que se asemejarían a la idea de un delito estado, esto es, un delito instantáneo con efectos permanentes. Desde entonces y durante mucho tiempo ha predominado la confusión entre la naturaleza permanente de algunos delitos con las otras figuras afines antes indicadas: delito continuado y delito estado. (Montoya Vivanco, 2009, p. 4)

Todo esto nos lleva a una simple conclusión, la cual se expresa en lo siguiente; la omisión a la asistencia familiar puede ser un delito instantáneo, cierto es también que el reiterado incumplimiento.

⁶ Citado por LLORIA GARCÍA, Paz. Aproximación al estudio del delito permanente. Editorial Comares. Granada. 2006. p. 11.

CAPITULO III

APLICACIÓN Y BENEFICIOS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS DE OMISION DE ASISTENCIA FAMILIAR

1. Antecedentes históricos en la legislación peruana.

El Derecho penal peruano se remonta desde la época precolombina. El jurista peruano Javier Vargas afirma que:

Existió un sistema jurídico preinca, obviamente con normas mandatorias e irrecusables entre los grupos étnicos anteriores a los incas. Lamentablemente no se tiene fuentes idóneas y puras para su reconstrucción exacta, se carece de mayores datos de esa época, ya que la cultura peruana no poseyó en sí, una forma de escritura para que se pueda efectuar un análisis de su sistema penal, como sí lo tuvieron otras culturas más adelantadas de su época". (1993, p.70).

El derecho castellano, fue el producto de influencias romanas, germanas y canónicas principalmente. Fue impuesto durante la conquista por los españoles a los habitantes peruanos, dando inicio a un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de grupos (que unificaba la dominación inca) que constituía el "imperio incaico". Incorporaron instituciones o costumbres, que beneficiaban sólo a ellos, desconociendo nuestra legislación peruana, sino sólo su sistema jurídico penal (derecho indiano) traída de Europa para las colonias de américa (Ley de Indias - 1680). Con esta ley, los colonizadores, trataron de dar (en cierto modo) un reconocimiento a los derechos de los nativos.

Sin embargo, durante el virreinato las leyes penales fueron drásticas para los peruanos. Era desigual, no importaban las injusticias que se produjeran contra los habitantes nativos en las colonias conquistadas, sino lograr mayores ingresos para la corona española.

Podemos decir que, el Perú antiguo no ha tenido un sistema procesal penal positivo (código) propio, es con la conquista de los españoles que se impone una legislación procesal penal "inquisitivo" (extranjero), al proclamarse la independencia en 1821, tampoco se produjo una revolución cultural coherente con

la inspiración liberal, ya que al ponerse en vigencia la primera legislación penal adjetiva en el Perú (en 1863), se continuaba con el predominio inquisitivo, asimismo, con la puesta en vigencia de la nueva legislación (de 1920 y 1940) que se cambió con un "modelo mixto": que surge con el advenimiento de época del iluminismo y la ilustración (edad moderna); no obstante aún persistía en parte este sistema inquisitivo.

La sumarización de los procesos recortaba la capacidad de defensa del imputado y sacrificaba el principio del debido proceso. La conquista más importante como es la publicidad y oralidad, en ese procedimiento, se reducía a la instrucción sumarizada y el Juez penal sin audiencia pública era quien sentenciaba, es decir era "Juez Investigador" y a su vez, "Juez de Fallo" (juez y parte)". (Cubas Villanueva, 1998, p. 103).

No hay una fecha exacta sobre los antecedentes del principio de oportunidad en nuestro ámbito penal peruano. No se encuentran establecidos en ninguna norma desde que se dio el positivismo de las leyes en el Perú. Como vemos, sobre todo no se ha incluido en ninguno de nuestros antiguos códigos, referentes a materia procesal penal.

Recién encontramos, por primera vez, en el código procesal penal de 1991 y ahora último en el CPP⁷, como precedente legislativo.

Es así que, el código procesal penal de 1991 se promulgó mediante Decreto Legislativo N° 638, el 27 de abril de 1991, pero jamás entró en vigencia en su totalidad. Esta legislación procesal penal, se mantuvo en eterno *vacatio legis*, con excepción de que se utilizara algunos de sus dispositivos, como: el artículo 2° (todo lo concerniente al principio de oportunidad y acuerdos reparatorios) 135°, 136°, 137°, 138°, 143°, 144°, 145°, 182° a 188° y 239° a 245°. Consecuentemente esta vacancia de la ley procesal penal se perpetuó en el tiempo, al haberse prolongado desde 1991 (año que fuera aprobado). Hasta que en el 2004 se promulga el nuevo código procesal penal (en adelante CPP) derogando automáticamente al código procesal penal de 1991.

No obstante, desde su inicio el referido código procesal penal de 1991, referente a la utilización de criterios de oportunidad, ha sufrido una infinidad de

⁷ El nuevo Código Procesal Penal de 2004 ya entró en vigencia progresivamente en diferentes distritos judiciales, iniciándose en el Distrito Judicial de Huaura y el último será el Distrito Judicial de Lima.

modificaciones, siendo la primera con la Ley N° 27072 del 23 de marzo de 1999 que suprime la frase "directamente", en su inciso 1) del artículo 2°.

Luego, mediante Ley N° 27664 con fecha 08 de febrero de 2002, fue modificado ese mismo artículo, incluyendo un segundo párrafo que a la letra prescribe: "Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento legalizado por notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad". Al respecto Melgarejo Barreto afirma:

El criterio de los legisladores era que el principio de oportunidad debería ser aplicado con mayor eficacia y celeridad procesal, con la mejor intención de no entorpecer o hacerlo más engorrosa su procedimiento. Razón por la cual no se exige una formalidad única, si el imputado se ha puesto de acuerdo con la víctima. (2006, p. 139).

Asimismo, mediante Ley N° 28117 de fecha 10 de diciembre de 2003, fue incorporado los acuerdos reparatorios con el siguiente párrafo: "en los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 122°, 185° y 190° del código penal y en los delitos culposos, en los que ni haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el fiscal formalizará la denuncia correspondiente.

El Principio de Oportunidad, como una institución jurídica ha sido tomada en el ámbito procesal penal, debido al incremento del fenómeno delictivo en los últimos tiempos.

Este principio tiene como fin llevar al sistema hacia un descongestionamiento procesal y penitenciaria, siendo así un mecanismo institucionalizado, que va a permitir el tratamiento adecuado de cada delito, para

evitar un juicio prolongado o una sanción. Al respecto, Reymer Juan Colpaert Robles⁸, precisa:

La doctrina se ha ocupado in extenso del posible conflicto entre el principio de legalidad y el de oportunidad considerando fundamentalmente que la vigencia irrestricta del principio de legalidad excluye la disponibilidad procesal que supone el principio de oportunidad puesto que, según este, en determinados supuestos y bajo condiciones específicas el ius puniendi del Estado puede dejar de aplicarse. Lo supondría desconocer precisamente la obligatoriedad de iniciar las investigaciones para determinar el autor o autores de un delito y posteriormente, de ser responsables, aplicares, la correspondiente pena. (Colpaert Robles, 2011, p. 1)

Con mayor precisión entendible sobre el posible conflicto del principio de legalidad y el principio de oportunidad, Pepe Melgarejo Barreto, afirma;

La legalidad, (indiscrecionalidad) se podría decir que es contrario a la oportunidad o discrecionalidad, ya que al tenerse conocimiento de un hecho delictuoso resulta necesario promover la acción penal, para luego aplicar una sanción; no obstante este principio es considerado una excepción al de legalidad procesal, empero el de oportunidad puede justificarse de dos modos distintos, “por un lado partiendo de un enfoque que favorece un flujo político de gobierno sobre la justicia penal, por otro, el interés de la verificación de la justicia material en contraste con un formalismo legal y que hoy en día el principio de obligatoriedad o legalidad debe ceder un principio de oportunidad en el segundo sentido, es decir a favor de la justicia material. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 95).

Nos lleva arribar a una conclusión, de que el principio de oportunidad si bien es, contrario al principio de legalidad procesal; pero no quebranta en sí, al ejercicio de la acción penal ya que el agente del Ministerio Publico, es decir el fiscal, al abstenerse de ejercitar la acción panal está cumpliendo con la ley; es decir, está actuando de acuerdo a la legalidad.

Al respecto sobre el principio de oportunidad, Claus Roxin señala: “es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante el cual se autoriza al fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, (...)”.(Claus Roxin, 2000, p. 25). Es decir, Es un mecanismo de negociación y solución del conflicto penal que permite la culminación del proceso penal previo acuerdo entre el imputado y el agraviado, (privilegiando el principio de consenso),

⁸ Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

con la participación activa del Fiscal, permitiendo a su vez que el imputado, una vez satisfecha la reparación civil sea beneficiada con la abstención de la acción penal por parte del Fiscal y el agraviado con dicho pago.

2. Casos de aplicación del principio de oportunidad.

Originalmente, desde abril de 1992, se facultó al fiscal a aplicar los criterios de oportunidad en cinco casos, lo cual se ratificó en líneas generales con la Ley N° 27664 del 8 de febrero de 2002. Tales casos venían siendo el de la pena natural (el agente resulta dañado al intentar cometer o al realizar el ilícito), lesividad menor (no se afecta gravemente el interés público) el de infrecuencia del delito (criterio estadístico y escaso interés público en represión), culpabilidad mínima (casos en que circunstancias objetivas aminoran la culpa) y el de la mínima contribución (casos de participación menor: inductores y complicidad accesoria).

A los indicados, se les unen los casos en que obligatoriamente los fiscales provinciales en lo penal deben intentar la aplicación de la oportunidad. Tales casos son en lesiones leves, hurto simple, apropiación ilícita, daños simples y otros, así como en los delitos culposos, en que ni haya pluralidad de víctimas o concurran con otro delito, todo lo cual, finalmente ha sido recogido en el código procesal penal de 2004, el que si bien, ha incrementado algunos supuestos, los mismos se encuentran dentro de los casos generales de aplicación que son dos: facultativa y otro de aplicación obligatoria.

2.1. Casos de aplicación facultativa.

2.1.1. Caso del autor-víctima o de falta de necesidad de pena.

La aplicación de este criterio no distingue entre delitos culposos ni dolosos. Tampoco se indica que no se aplicaría a favor de un funcionario público como sucede en los otros incisos, lo que también posibilitaría en tal caso su aplicación.

Este supuesto se da por la falta de necesidad de la pena, denominada también pena natural. Es cuando el sujeto agente intrínsecamente en forma directa ya ha sufrido un castigo - daño corporal o psicológico - por su actuar delictivo. Consecuentemente la sanción deviene en inapropiada o innecesaria. Aquí la ley no exige un mínimo legal de la pena, en cambio si requiere un máximo de la pena fijada en la ley, que no debe de sobrepasar de los cuatro años -ha sido modificado

por el CPP de 2004-. Como tampoco obliga un pago económico por concepto de reparación civil. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 131).

El concepto de la afectación grave atañe a la persona del agente o a su esfera personal, esto es, sus seres queridos o su patrimonio como consecuencia del delito. Por ello se habla de un auto castigo que hace que no resulte necesaria ya ninguna pena. Desde el punto de vista penológico, la aplicación posterior de la pena formal no estaría cumpliendo los fines que la justifican originalmente.

2.1.2. Lesividad menor.

Se puede interpretar la norma, en lo siguiente: aquí no se dice que los ilícitos en que incurrió el agente no afectan al interés público. De hecho, se tiene que con la comisión de un ilícito penal el interés público tutelado se afectó, pues de no existir atención por parte del derecho penal respecto al bien jurídico lesionado, no se estaría hablando de un hecho tipificado como delito en el código penal.

La valoración de que no se afecte, mediante el hecho ilícito, de modo grave el interés público, se entiende orientado por el principio de insignificancia (vinculado a la sociedad en su conjunto), cuya presencia importa una devolución al interés relevante, esto es, el sólo interés de la víctima (quien será reparada), finiquitando el conflicto del agente con la ley penal. En este caso se produce una falta de merecimiento de pena.

También; se especifica que:

(...) no se debe de aplicar estos criterios, cuando los delitos sean cometidos por funcionarios públicos que se encuentren en ejercicio de sus funciones, como es en los casos de los delitos de abuso de Autoridad, Concusión, Peculado entre otros, aunqu la pena sea mínima. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 135).

2.1.3. Culpabilidad mínima o circunstancias atenuantes.

El concepto de culpabilidad mínima quiere distinguir a las personas que, habiendo intervenido en la comisión de los ilícitos penales, no poseen una culpabilidad total ni absoluta, sino que aquella podría entenderse, conforme a una razón clara, como menor; siendo ello así por presentarse, objetivamente,

circunstancias atenuantes que posibilitarían el rebajar la pena acordada para el ilícito.

Este supuesto se trata, cuando la responsabilidad penal del imputado es atenuada por las circunstancias y condiciones de éste. En consideración a su intervención mínima ya sea como autor o partícipe. En aquellos casos de imputabilidad disminuida, responsabilidad restringida o complicidad secundaria. Conforme a estas situaciones y a los motivos personales del imputado, concurren una serie de atenuantes, establecidos en la propia norma penal⁹.

2.1.4. Casos de aplicación obligatoria.

Con la vigencia y aplicación de la Ley N° 28117, Ley de Celeridad y eficacia procesal penal, que impone intentar la aplicación en ciertos casos de delitos, a la que se sumaron los señalados en la Ley N° 30076, vigente a la fecha, siendo estos los siguientes, lesiones leves, hurto simple, apropiación ilícita, delitos culposos, hurto de uso, hurto simple de ganado, sustracción de bien propio o hurto impropio, apropiación de bien perdido o ajeno, venta o apropiación ilegal de prenda, estafa, defraudación, administración fraudulenta, daño simple y libramiento indebido, sin embargo no se ha considerado también al delito de omisión de asistencia familiar.

3. Requisitos Adicionales para aplicar criterios de oportunidad.

3.1. Pago por concepto de reparación Civil.

Se señala en el artículo 2 numeral 2) del Código Procesal Penal: " En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido".

En efecto, en los supuestos de "Lesividad menor" y " Culpabilidad Mínima " se exige al imputado, que pague la reparación civil. Se entiende, que se trata de la restitución y la indemnización. El denunciado no es merecedor de una sanción penal, sin embargo, debe merecer una imposición de un pago pecuniario. Por lo que éste está obligado a retribuir a la víctima (por concepto de reparación civil), la

⁹ El Código Procesal Penal de 2004, enumera las atenuantes. Siendo estos, los que se establecen en los Art. 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal Sustantivo.

misma que podrá realizarse en el mismo acto de la diligencia de conciliación o pagaderos en partes.

También podría darse en que el imputado se ponga de acuerdo con la víctima en la forma de cualquier otro tipo de compensación o en todo caso que éste último renuncie al pago de reparación civil, sabiendo que el imputado no va a cumplir por insolvente u otros motivos.

Este pago, también puede hacerse extrajudicialmente, mediante un acta de acuerdo entre estas dos partes, que debe constar en instrumento público o documento privado legalizado por notario público. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 137).

Así se precisa en el Art. 2 numeral 3) del CPP "El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

3.2. Imposición adicional de multa y reglas de conducta suprimiendo el interés público.

Este precepto es una novedad para nuestro ámbito penal que ha sido agregado en el artículo 2 numeral 5) del Código Procesal Penal: "Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

Para este supuesto no se exige un mínimo legal de pena privativa de libertad, es decir podría utilizarse los criterios de oportunidad, en otros delitos que no sean de falta de necesidad de merecimiento de pena, sin asignarse a la gravedad del hecho delictivo. Pero ello, si forzosamente deberá el Fiscal imponer una multa adicional a favor del interés público y fijar reglas de conducta con aprobación del Juez. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 138).

3.3. Reincidencia o habitualidad.

Este inciso fue incorporado mediante el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, en el que se advierte que no procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio, cuando el imputado tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del código penal.

Es así que, se tiene como reincidente al sujeto que después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

Mientras que se tiene como habitual, al sujeto que comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

3.4. Acogimiento con anterioridad al principio de oportunidad.

No procederá tampoco la aplicación del principio de oportunidad cuando el agente, que sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad ni al acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza ni que atenten contra un mismo bien jurídico.

Por otro lado, se advierte que, el agente que sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito.

Y finalmente, el agente que, sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados ni lo establecido en el acuerdo reparatorio.

Todo ello se entiende que el estado, ha señalado expresamente, los supuestos antes referidos para no aplicación del principio de oportunidad, con el

objetivo de evitar la impunidad por parte de los sujetos que cometen estos ilícitos penales.

3.5. Actos secuenciales para aplicar el principio de oportunidad.

Para la aplicación de estos criterios de oportunidad, el fiscal provincial podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando concurren ciertos requisitos exigidos expresamente en la norma procesal penal (pueden ser estos concurrentes o excluyentes entre sí). Debiendo observar en forma secuencial los siguientes actos:

El fiscal provincial, como titular del ejercicio de la acción penal pública¹⁰ y defensor de la legalidad¹¹,

(...) debe estructurar correctamente el tipo penal, adecuando la conducta típica en base a los elementos descriptivos y normativos (fase objetiva del tipo) y la voluntad del sujeto agente, que actúa con "dolo" o culpa (fase subjetiva del tipo) como primera categoría del delito constituye la tipicidad, es decir es el primer paso para subsumir un supuesto delito al catálogo penal. (Welzel, 1993, p. 134).

EL Fiscal debe tener el convencimiento que la conducta del imputado se encuadra al tipo penal descrito. Luego establecerá el injusto (conducta típica y antijurídica) y finalmente estar convencido de la culpabilidad del sujeto agente (imputación personal). De no ser así, no deberá utilizarse estos criterios de oportunidad y la denuncia deberá archivarse definitivamente. (Melgarejo Barreto, 2006, p. 120).

3.6. Consentimiento expreso del imputado.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el imputado sin presión alguna, presenta "su consentimiento expreso" por el hecho delictivo que se le ha investigado preliminarmente, o se le viene investigando formalmente, aceptando y reconociendo ser autor o partícipe del hecho por el cual se le investiga (supuesto hecho delictivo) pero cabe precisar que, no se le debe presionar para que reconozca su "culpabilidad", porque él no es un "operador del derecho". La culpabilidad es el reproche que valorará el Fiscal para comprobar el delito imputado. Si el imputado no presta su consentimiento, no estará reconociendo el hecho punible que se le atribuye. Por tanto, es necesario dicho reconocimiento porque la ley así lo exige.

¹⁰ Art. 11 del D. L. Nro. 52 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

¹¹ Art. 159 Inciso 1) de la Constitución Política del Estado.

Se debe tener bastante cuidado al respecto, ya que no basta que el imputado acepte su culpabilidad de buenas a primeras, sino antes, el Fiscal deberá haber realizado como primer paso, un estudio y análisis del caso para estar convencido de la realidad del delito y que el imputado es el presunto autor ni partícipe (responsabilidad penalmente), en consonancia con los derechos humanos garantizados por nuestra constitución, como presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso, entre otros, pues si el imputado no tiene responsabilidad penal debe archivar la denuncia. En su caso debe ser judicialmente investigado para que se establezca su inocencia, puesto que no se le debe conculcar sus derechos.

3.7. Pago de reparación civil.

Por último, es necesario también que el imputado haya cumplido con el pago total de la reparación civil, esto es, la restitución del bien o el pago de su valor, además la indemnización por los daños ocasionados.

En materia penal se exige una sanción penal por el hecho delictivo (además de una reparación civil). Siendo el titular de la acción penal el fiscal -quien puede abstenerse de ejercitar la acción penal por el principio de oportunidad, en tanto, la reparación civil, es precisamente el actor civil, quien puede reclamar o renunciar sólo en este extremo.

Cabe indicar que la obligación de pago sólo se exige para los supuestos de lesividad menor y culpabilidad mínima, más no así para el supuesto de caso de autor víctima o de falta de necesidad de pena.

4. El principio de oportunidad en el código procesal penal de 2004.

Con fecha 29 de julio, mediante Decreto Legislativo N° 957 se promulga el CPP. Esta legislación penal adjetiva, incluye nuevamente su segundo "artículo" las instituciones jurídicas del "principio de oportunidad" y los "acuerdos reparatorios". Señalado en el artículo 2° principio de oportunidad.

Posteriormente, con fecha 19 de agosto de 2013, se publicó la Ley N° 30076, el agrega el numeral 9), con el texto siguiente:

a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;

- b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;
- c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,
- d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

4.1. Fundamentos de los criterios de oportunidad.

Para los fundamentos de los criterios se debe tomar en cuenta lo siguiente:

Los criterios de oportunidad no han surgido en el mundo, tal como algunos autores han sostenido, fundamentalmente por el fracaso de la administración de justicia, la sobrecarga procesal o la congestión penitenciaria y ni siquiera como manifestación de la crisis del principio de legalidad, sea por el problema de la selectividad de los casos procesados o por el de la cifra oscura. (Angulo Arana, 2004, p. 27).

En principio, es verdad que hay crisis en la administración de justicia; pero, lo que se verifica en ella, sobre todo, son problemas de falta de modernización, tanto de infraestructura como de normatividad y, también, actuaciones individuales que dejan mucho que desear, tienen que ver más con idoneidades personales para ocupar los cargos de la magistratura y falta de compromiso que con otra cosa.

Por otro lado, la sobrecarga procesal constituye un problema en cualquier realidad, tanto de países desarrollados como de los que están en vías de desarrollo, que se correlaciona, lógicamente, con el constante aumento poblacional y de la cantidad de los delitos que se cometen, así como con falencias presupuestarias que se reflejan en el poco número de magistrados en comparación con la población que requiere una atención.

Por ello es que, en el mundo, y en todos los sistemas procesal penales, se han creado procedimientos alternativos a los judiciales, y en lo jurisdiccional

procesos sumarísimos, terminaciones anticipadas y otros muchos modos de atacar el problema.

Asimismo:

Principio de Oportunidad no se opone al principio de legalidad, pues los criterios de oportunidad, por el hecho de constituir excepciones que, discrecionalmente, podrán ser aplicadas por los fiscales, son tan legales como cualquier otra institución procesal penal vigente. Su oposición es, en todo caso, contra el Principio de Obligatoriedad del ejercicio de la acción penal y no contra el principio de legalidad. (Valdez, 1997, p. 39).

4.2. Teoría de lo insignificante o escaso impacto social.

Considerando que, la adopción de criterios de oportunidad ha tenido que ver más, desde lo dogmático, con la temática que devino de la teoría de la adecuación social de la conducta y que cristalizó en el derecho penal de lo insignificante.

Este tema planteaba el problema de que un hecho insignificante aparecía en el tipo y la sociedad se mostraba conformista ante ello, a pesar de que sancionarlo, fuera de lo negativo que individualmente podría ser, acarrearía entorpecimientos a la tarea jurisdiccional y desmerecimiento de la función de control preventivo del Derecho Penal. (Creus, 1992, p. 60).

Zaffaroni citado por García del Rio, ha sido categórico al decir:

Aquellos que rechazan el principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la "seguridad jurídica" caen en la falacia, porque llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ése derecho penal tutelaría. (2000, p. 86).

Para Melgarejo Barreto, considera a este criterio;

Escaso Impacto Social. Este supuesto se aplica por Falta De Merecimiento de Pena. Consiste en la utilización de criterios de oportunidad solo para aquellos delitos de escaso o mediano impacto social, que no deben de tener connotación que afecte gravemente el interés público los llamados delitos de bagatela o de poca monta. Se exige para estos casos, que la pena privativa de libertad, tenga en su extremo mínimo dos años. (2006, p. 132).

4.3. La proporcionalidad.

Con la aparición de criterios de oportunidad aparece un espacio para que se pueda calibrar tanto la acción, como la personalidad del autor de algunos ilícitos

con el objeto de evitar el proceso penal y aplicar con celeridad la reparación como alternativa a la sanción que en él se podría acordar.

Entre los alemanes el encuentro con el principio de Bagatela (Bagatellprinzip) llevó a que se fijaran en el principio de proporcionalidad que debería regir, razonablemente, entre el delito en sí y la gravedad de la intervención estatal ante la producción de aquél. (García del Rio, 2000, p. 77).

"Así surgió una preocupación general por desarrollar el principio de proporcionalidad en el proceso penal" (Gonzales, 1990, p. 29).

San Martín Castro, recomienda tener en cuenta los factores vinculados a la determinación de la magnitud del injusto tales como: a) la naturaleza de la acción: importancia y afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal; b) los medios empleados en la comisión del delito, observando la entidad lesiva de los mismos, su capacidad para vulnerar bienes jurídicos; c) la extensión del daño o peligros causados; y d) las circunstancias del Código Penal. (San Martín Castro, 1999, p. 231-232).

4.4. El modelo integrador.

Este modelo integrador surgió pretendiendo superar al “modelo acusatorio”, que privilegia y propugna la implacable respuesta al delito, caracterizada por su rapidez, eficacia y falta de fisuras, positivamente percibida y respaldada por la sociedad, que supuestamente operaría como un poderoso instrumento preventivo, subordinando otros objetivos. Igualmente, tiene la ambición de comprender dentro de sí al “modelo resocializador”, que pone el acento en la necesidad de intervenir, en forma positiva y bienhechora ante el infractor, como elemento esencial de cualquier respuesta al delito.

El modelo integrador es aquél que reúne dentro de sí objetivos disuasorios y resocializadores, pretendiendo, a la vez, satisfacer expectativas sociales, tales como soluciones conciliadas a los conflictos penales, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, así como la misma pacificación de las relaciones sociales. Se habla entonces de un “modelo integrador”, en cuanto aquél “procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias” de todos los implicados en el “problema criminal”, con armonía y ponderación”. (García Pablos, 1996, p. 318).

El modelo integrador aparece pues idealista en sus objetivos, con vocación de flexibilizar las formalidades y procedimientos, propugnando vías alternativas a

la solución del conflicto penal. Resulta heredero de tendencias victimológicas, partidarias de la reparación y conciliación, movimientos alternativos anglosajones de la década del sesenta (Reconciliation Programus y Restitution Programs) y doctrinas criminológicas abolicionistas. (García Pablos, 1996, p. 319).

4.5. La estigmación social.

Ciertamente, relevante y útil la posibilidad de salvar a los ciudadanos del estigma social que significa ser "cliente" del sistema penal.

Londoño Jiménez, en tal sentido, afirma "descarto la vía crucis moral que produce el sistema penal, como producto no del encarcelamiento en sí, sino del solo proceso penal" (1994, p. 363).

Al respecto Hulsman se refiere:

también, a estudios que han determinado que las sanciones legales y el rechazo social que aquellas traen, determinan, en la percepción personal de los condenados, a asumir que, efectivamente, son seres, desviados y hasta les impulsan a vivir de ese modo, como si estuvieran al margen. (1984, p. 57-58).

Estigma en el sentido figurado, es la deshonra, mala fama, y "en el derecho penal, vendrían a ser los rasgos fisiológicos que determinan la conducta delictiva del delincuente nato" (Osorio, 2012, p. 406).

4.6. Rescate de la víctima.

El procedimiento de aplicación del principio de oportunidad tiene también como virtud la capacidad de conceder espacio a la víctima, ampliando el esquema del procesalismo tradicional, según el cual la actividad penal debía moverse entre dos intereses: el colectivo, representado por el estado y el individual, del imputado por la comisión del delito.

Convocar a la víctima importa una reformulación del sistema penal que, por lo menos en este espacio, supone prestar toda la atención posible al interés de aquella, enfatizando la reparación sobre la pena, con la pretensión de tender, en lo posible, a volver las cosas al estado anterior al hecho delictivo. La conclusión podrá ser entonces el suavizar la reacción estatal ante el delito, desde el punto de vista de la víctima, permitiendo espacios de diálogo para los intereses y

dificultades de la “pareja penal” (víctima y victimario), con miras a la mayor recomposición posible de la armonía social.

Silva Sánchez, refiere que, ya es dominante la postura de abogar por un mayor protagonismo y beneficios para la víctima tanto en el Derecho Penal como en el Proceso Penal. Asimismo, sostiene que la idea de la Política Criminal como conjunto de criterios de una lucha eficaz contra el delito se ha visto sustituida por una concepción valorativa, en la que se trata de prestar atención tanto a los criterios utilitaristas de la eficacia y la eficiencia como a las garantías del Estado Social y Democrático de Derecho. (Silva Sánchez, 2000, p. 219).

4.7. Reparación oportuna.

Lamentablemente, en los casos concretos de nuestra realidad, las sentencias tardan en demasía y, peor aún, las reparaciones que allí figuran casi nunca ocurren. El tema de que la reparación no se efectúa luego del proceso, deviene a ampliar el daño ocasionado y a deslegitimar en modo grave al sistema, mostrándolo tanto ineficaz como ineficiente.

La “reparación” de que se trata se asimila al concepto que maneja Guadalupe Pérez Sanzberro, al decir que “es una institución limítrofe o híbrida, entre la pena y la responsabilidad civil, que va a afectar la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas”. (1999, p. 19). Esta reparación se origina en el reconocimiento del autor, de su responsabilidad ante la víctima, y, en su caso, ante la sociedad.

El contenido de la reparación, conforme expresa Guadalupe Pérez, se tiene que asumir flexible: “así se utiliza este concepto para abarcar tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima” (1999, p. 20).

4.8. Efectivización de la mínima intervención.

Se entiende que, en lo práctico, se logra una mínima intervención no si eliminamos tipos penales del código sustantivo ni si devienen a pocos los casos penales. La medida se la fija a partir de los casos de ilícitos penales que alcanzarán solución sin necesidad de un proceso penal.

Roxin, citado por Guadalupe Pérez, expresa que:

La necesidad de la amenaza de la pena en abstracto no fundamenta forzosamente el castigo en cada caso particular. Es conocido que el castigo es la última ratio de la política criminal. El principio de subsidiaridad que se expresa con ello, únicamente se prolonga de forma consecuente desde el punto de vista de la política jurídica al caso individual, más allá de la promulgación del precepto penal (...). (1999, p. 243).

Así el principio de subsidiaridad legitima también la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, entendiendo que sólo luego de intentar otros modos de solución al conflicto, debería aplicarse el Derecho Penal.

4.9. Propender modos humanitarios de sanción.

Considerando que la situación penal de nuestra realidad, donde se añade sufrimiento a la pena impuesta, afectando la dignidad misma humana que genera un camino sin retorno a la pacífica vida del ciudadano. En ese sentido; Cubas Villanueva afirma; "Introducir principios humanitarios en el proceso penal motiva a la racionalización de las formas de selección del sistema penal" (1997, p. 139), de modo que en ciertos casos se podrá obviar el proceso penal, permitiendo esfuerzos allí donde social y estratégicamente es necesario aplicar el proceso penal.

Es así que el derecho penal, se direccionaría en una instancia benéfica, con puertas abiertas a la regulación pacífica de algunos conflictos penales, por consiguiente, la labor del ministerio público, en un primer plano será dando un espacio al restablecimiento de la paz jurídica, en la sociedad.

4.10. Razones de utilidad material.

Como afirma Gossel en su libro titulado Principios Fundamentales de las Formas Discriminatorias en el Proceso Penal Alemán.

Si bien es cierto se escuchan y se repiten como razones para la aplicación del Principio de Oportunidad el problema de la sobrecarga procesal penal, la congestión de las cárceles, el alto costo del proceso penal o la falta de eficiencia de aquél; no se puede aceptar que tales hechos constituyan los fundamentos o razones para la aplicación del principio de oportunidad. No se concibe que la Oportunidad sólo sea supletoria de deficiencias. (1985, p. 882).

A entender, los problemas antes mencionados, que ciertamente existen, sirvieron para movilizar voluntades, analizar críticamente los principios, revisarlos

y encontrar espacios para crear excepciones a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, de conformidad a antiguos principios (equidad) compulsados con nuevos (proporcionalidad y razonabilidad).

Finalmente, la obligatoriedad debía tener limitaciones y permitir excepcionalmente la aplicación de la oportunidad, como principio corrector. A entender, tal género de actuación no se presenta como algo accidental. Los fundamentos para introducir el diálogo en el proceso penal y reparar, efectivamente, dentro de la mayor paz social posible, no parece algo epifenoménico, sino sumamente deseable y sustancial.

Entre los anglosajones, los criterios para aplicar la Oportunidad son muchos y obedecen al interés público o al beneficio que puede acarrear para la comunidad el perseguirlos o no. Allá se tienen en cuenta temas como la levedad del delito, juventud del autor, enfermedad o vejez del mismo, estado mental, perdón de la víctima, transcurso del tiempo. Tampoco se persigue por hechos prohibidos por leyes consideradas, anticuadas, anti populares o demasiado polémicas. (Anitua, 2000, p. 294).

Gimeno Sendra, citado por Rosas Yataco, expresa tal como se piensa, que el fundamento del Principio de Oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad pública o interés social, las cuales en el Derecho Comparado, se ha podido comprobar que se concreta en las siguientes causas: a) la escasa lesión social producida por el delito y la falta de interés en la persecución penal; b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas; d) obtener la rehabilitación y, e) la reinserción social. (Rosas Yataco, 2003, p. 237).

5. Clasificación del principio de oportunidad.

Doctrinariamente se distingue dos sistemas de regulación del principio de oportunidad que son aplicados en diferentes países del mundo.

5.1. Oportunidad libre.

Es el que se aplica en el Derecho anglosajón, que en opinión de Cafferata Nores:

El fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena, por lo que, si no existe tal posibilidad, no hay acusación, o que para lograr la condena se permitan negociaciones que puedan llevar a su impunidad parcial, o la de los otros delitos cometidos. (1997, p. 4).

Según Melgarejo Barreto en la oportunidad libre. Este método implica que el Fiscal ejerce las facultades persecutorias con una ilimitada discrecionalidad; por cuanto se ignora el principio de legalidad, dando lugar al principio de oportunidad que debe aplicarse como regla absoluta y casi obligatoria. No se admite siquiera que el Fiscal pueda ser obligado a perseguir un caso de un hecho delictivo, éste tiene un amplio rango de discreción, hasta el punto que se le faculta si puede ordenar una investigación sobre un caso concreto o no, decidir si se inicia formalmente la persecución; si negocia con el imputado, elegir los cargos que se formulan, donde y cuando, sin sujetarse a ninguna regla preexistente.

En este sistema, no se admite que el agraviado impugne judicialmente la decisión del Fiscal de abstenerse del ejercicio de la acción penal. Mediante este sistema el Juez Penal se sustrae del conocimiento de los hechos, y se limita a decidir sobre los términos de la negociación libre que no ha controlado. Se aplica el principio de oportunidad como regla. (2006, p. 103).

5.2. Oportunidad reglada.

Esta modalidad de principio de oportunidad, es propia del derecho continental europeo que implica que es la norma la que va a establecer los presupuestos legales para la factibilidad o no de su aplicación. El Perú, en ese sentido, adopta la línea de la discrecionalidad reglada al facultarse al fiscal la abstención del ejercicio de la acción penal a través del código procesal penal de 1991 y de 2004. En efecto, la predeterminación normativa regula y limita el ámbito de acción que el fiscal debe tener en cuenta para la aplicación justificada del principio de oportunidad.

Melgarejo Barreto, sobre este sistema afirma, "en este sistema radica en que la ley prevé los supuestos sobre los cuales el Fiscal puede declinar la persecución penal y decidir el archivo del caso concreto. Se aplica el principio de oportunidad como excepción". (2006, p. 103).

En este sistema la acción penal pública se abstiene, cuando esto es permitido expresamente por la ley.

5.3. Características de los criterios de oportunidad.

5.3.1. Taxatividad.

Esta característica importa que el fiscal ni pueda aplicar o solicitar la aplicación de la oportunidad en presencia de cualquier hecho delictivo,

sino que deberá atenerse a que se presenten específicamente los casos indicados en la ley.

La facultad, por ende, se entiende que se ajusta a lo que dicen las normas vigentes y, cuando ello no ocurriera, será obligatorio iniciar el ejercicio de la acción penal en caso de la presencia del delito. Otra cosa implicaría la arbitrariedad por parte del Ministerio Público, que es algo que no concede la ley. (Dulce y Riego, 2000, p. 244).

La taxatividad impone que el fiscal no puede escapar en el ejercicio de su discrecionalidad a los parámetros que le pone la ley y, por ende, no puede inventar por sí mismo nuevos criterios ante los cuales pueda aplicar la Oportunidad.

5.3.2.Excepcionalidad.

La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad quedaría librada a las características con que se presenta el hecho denunciado como delito, las condiciones del agente, las posibilidades y viabilidad del diálogo y la reparación, todo lo cual aumentará el criterio del fiscal y posibilitará la aplicación excepcional que deberá ser, además, debidamente fundamentada.

La excepcionalidad ni quiere decir que sólo en pocos casos se aplicará la Oportunidad, sino que, deberá aplicarse en los casos que se ajusten a la ley y pueda sustentarse uno o más fundamentos de utilidad objetiva que hagan razonable aplicar un criterio de oportunidad. En los casos que no se aplican, se entiende que existirán elementos y circunstancias que fundamentan la inaplicación. Tales causas deben explicarse detalladamente para evitar que se interprete como una arbitrariedad.

5.3.3. Cosa decidida.

El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad es generar algo muy parecido a la cosa juzgada y que se le denomina cosa decidida, para asemejarla a lo administrativo. Aquella denuncia que el fiscal archivó definitivamente aplicando un criterio de oportunidad no podrá ser reabierto ni por él mismo ni por otro fiscal.

Esta circunstancia de la actuación fiscal, abre un espacio distinto a todos los demás pronunciamientos del fiscal, en que no hay decisión final formal. En este caso en particular, si el agente paga la reparación, se entiende que lo hace para poner fin a una circunstancia especialmente gravosa para él y, por ello, la solución dada debe sellarse con una eficacia definitiva.

5.3.4. Solución de equidad.

Se aprecia que, en sentido contrario al proceso penal formal donde se trata de hallar la verdad de los hechos y sólo en función de ellos, condenar o absolver; en el caso de la aplicación de los criterios de oportunidad lo perseguido es una solución de equidad al conflicto penal. El proceso penal siempre ha perseguido el hallar la verdad del hecho delictuoso.

La certeza, respecto a la responsabilidad en el hecho ilícito, es cierto que debe originarse de los recaudos que se acompañen; pero es lógico que se consolide durante el procedimiento de aplicación y sobre todo en las entrevistas. Esto quiere decir que la motivación original para tratar de aplicar la oportunidad es una convicción sincera de autoría que equivale a una gran probabilidad, tal como asevera Roxin, citado por César San Martín". (San Martín Castro, 1999, p. 226).

La aplicación del principio de oportunidad es una solución de equidad fundamentalmente, y no requiere de la verdad.

5.3.5. Evita el proceso penal.

La aplicación del principio de oportunidad tiene como perspectiva alguna o varias razones de utilidad; sin embargo, algo claramente concreto es que también se evita el inicio o apertura del proceso penal formal y por ello, lo coherente y razonable es que el fiscal, desde un inicio, si lo piensa viable, lo intente aplicar y no que lo haga, por ejemplo, después de su acusación.

CAPITULO IV

BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO INMEDIATO PARA LOS DELITOS EN OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR.

1. No se genera antecedentes al imputado.

Bajo los presupuestos del artículo 2° del Código Procesal Penal y su aplicación en el proceso especial como es el proceso inmediato, el artículo 447° del mismo cuerpo normativo, en el numeral 3 refiere que, (...) en la audiencia única de incoación del proceso inmediato, las partes pueden instar la aplicación del principio de oportunidad (...), siendo así, al instar el principio de oportunidad se produce los efectos que se entienden del primer párrafo del artículo 2° del Código procesal Penal, es decir el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, evitando la etapa de juicio oral.

Como se mencionó en numeral 3.1 del Capítulo III del presente trabajo de investigación, donde se cita al doctrinario Pedro Miguel Angulo Arana, quien sostiene que, lo que genera la oportunidad es un procedimiento de abstención fiscal de ejercitar la acción penal, en virtud del cual, vía la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad concretos, el fiscal se apartará discrecionalmente de su función persecutoria, ofreciendo al inculpado, una propuesta conciliatoria que, finalmente, de ser aceptada, culminará con una resolución final que tendrá el carácter de irrevisable (...)

El Ministerio Público al abstenerse de la acción penal, pone fin al proceso, evitándose una sentencia condenatoria, en consecuencia, no se genera antecedentes, esto favorece al imputado para buscar un trabajo y no ser discriminado por sus antecedente judiciales, de esa manera, seguir aportando con la manutención del alimentista; entonces, también se puede decir que el principio de oportunidad para los casos de omisión de asistencia familiar, favorece también al menor alimentista, para seguir percibiendo del obligado y sin demora lo que por derecho le corresponde.

Los beneficios más resaltantes en respecto a la aplicación del principio de oportunidad son las siguientes:

1.1. Se evita la carga procesal en los Juzgados de investigación preparatoria y juzgados unipersonales.

Resumiendo lo que se ha tratado en capítulos anteriores, sabemos que las etapas en el proceso penal común, son la etapa de investigación preparatoria, la etapa intermedia y la etapa de juicio oral, sin embargo, al hablar de proceso inmediato, la figura procesal cambia, puesto que hablamos de un proceso especial y de simplificación de etapas, es decir no desarrolla la etapa de investigación preparatoria ni la etapa intermedia debido a la flagrancia como presupuesto principal en el proceso inmediato, sin embargo en los delitos de omisión de asistencia familiar es cuestionable por que no se puede acreditar la flagrancia, por lo que muchos no consideran que debería estar incluido en el proceso inmediato.

Siendo la finalidad del proceso inmediato la simplificación y celeridad de las etapas del proceso común para los casos que no quieren mayor investigación, siendo uno de ellos el delito de omisión de asistencia familiar, y para que este proceso especial cumpla su finalidad, es importante tomar en consideración el principio de oportunidad referido en el artículo 2° del Código Procesal Penal el cual es mencionado en el proceso inmediato, específicamente en el numeral 3 del artículo 447° del mismo cuerpo normativo, donde refiere que, (...) en la audiencia de incoación del proceso inmediato, las partes pueden instar la aplicación del principio de oportunidad (...), esto, también cumpliría con la finalidad de evitar la carga procesal, debido a que al abstenerse de la acción penal la carga procesal disminuiría considerablemente en los juzgados de investigación preparatoria y los juzgados unipersonales, así nos referimos cuando citamos a Tasayco Gilberto en el Capítulo III numeral 3.2 del presente trabajo, donde se refiere;

En el Perú, el principio de oportunidad no fue, no es, ni será una institución procesal eficaz si los jueces, fiscales y abogados defensores no se comprometen con la idea de que es un gran filtro de descarga procesal, cuyos resultados no sólo benefician al Ministerio Público sino también del Poder Judicial (...). (2010, p. 1).

Para los casos de omisión de asistencia familiar, donde no existe flagrancia, sino que se configura por el incumplimiento de una resolución judicial el principio de oportunidad bajo los presupuestos del artículo 2° del C.P.P debe aplicarse de forma obligatoria para facilitar aún más la celeridad y la descarga procesal, de esa manera, también se pueda cumplir la verdadera finalidad del proceso inmediato rapidez y celeridad en la obtención de resultados cuando a delitos de omisión de asistencia familiar se refiere.

1.2. Se contribuye a la celeridad, economía procesal y legitimación del sistema de justicia.

Al plantear la obligatoriedad de la aplicación del principio de oportunidad para los delitos de omisión de asistencia familiar, bajo los presupuestos del artículo 2° de C.P.P, se contribuye a la naturaleza jurídica del proceso inmediato, ya que una de las características del proceso inmediato es la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos, así lo manifiesta Huaila & Reyba Alfaro citado en el capítulo II, numeral 2.3 del presente trabajo de investigación, donde refiere:

La naturaleza jurídica del proceso inmediato, es decir, su esencia o característica principal, está basada en la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos como el tiempo y otros aspectos innecesarios. La naturaleza jurídica del proceso inmediato, es decir, su esencia o característica principal, está basada en la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos como el tiempo y otros aspectos innecesarios (...).

Es necesario la aplicación obligatoria el principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar, porque al vincularse a la obligación alimentaria del orden familiar, es necesario una solución oportuna e inmediata, ya que está en riesgo el bien jurídico protegido que es la familia del tipo asistencial.

Otras de las formas con las que contribuye la aplicación obligatoria el principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar, es el ahorro de recursos en los juzgados el cual está relacionado

a la economía procesal, también vinculado al ahorro de recursos humanos y logísticos.

Los datos que la oficina de indicadores de la fiscalía penal de Cajamarca nos brindó donde se indica que, de 2,202 casos denunciados en el periodo 2015 al 2016, un 22% solicitó y calificó para la aplicación del principio de oportunidad, es decir 480 casos donde se aplicó el principio de oportunidad para los delitos de omisión a la asistencia familiar a nivel de fiscalía que, sin duda son pocos sin embargo se dio una rápida solución al conflicto.

1.3. Se resarce el daño producido al agraviado de modo inmediato.

Al instar al principio de oportunidad para los delitos de omisión de asistencia familiar en el proceso inmediato conforme el numeral 3 del artículo 447° del C.P.P, se tiene como objetivo en la vía penal, hacer cumplir una sentencia emitida por juzgado civil de forma coercitiva, pero antes de establecer una sanción se establece algunas figuras procesales que permiten beneficioso para el imputado y el agraviado, buscando proteger el bien jurídico que es la familia con un mecanismo procesal rápido que asegura la celeridad en la solución del conflicto, siendo así el imputado se evita una sanción y para el agraviado la rápida cancelación de la obligación.

CAPITULO V

LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO

1. A nivel regional.

En la ciudad de Cajamarca, se han encontrado 04 tesis relacionadas con nuestra investigación sobre el “Principio de Oportunidad”, distribuidas, en dos universidades: tres tesis en la Universidad Nacional de Cajamarca, de las cuales dos son de pregrado y la tercera es de postgrado; y tesis a nivel de postgrado.

1.1. Longa Miranda Diocelinda (2010).

En su Tesis “Aplicación del Principio de Oportunidad en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, en el Distrito Judicial de Cajamarca durante los meses de Abril – agosto 2010”, presentado en la Universidad Nacional de Cajamarca, para optar el Título profesional de abogado, se propuso como objetivo general.

Determinar los efectos que se producen en el de omisión a la asistencia familiar por la aplicación del principio de oportunidad en el distrito judicial de Cajamarca desde primero de abril del hasta el 31 de octubre del 2010” y específicos; “Determinar los efectos que produce la aplicación del principio de oportunidad para el delito de la omisión a la asistencia familiar antes de entrada en vigencia del nuevo código y el nuevo código procesal penal en el modo de aplicar el principio de oportunidad para el delito de omisión a la asistencia familiar. Identificar los logros obtenidos por el nuevo código procesal penal aplicando el principio de oportunidad para el delito de omisión de la asistencia familiar; establecer los mecanismos que debe de adoptar el estado para que la aplicación del principio de oportunidad sea eficaz en el delito de omisión a la asistencia familiar. (Longa Miranda, 2010, p. 15).

La autora, Longa Miranda Diocelinda, llega a concluir en:

Antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en Cajamarca, durante los meses de abril – agosto 2009, el 96.15% de los fiscales no aplicaban el Principio de Oportunidad para el delito de Omisión a la Asistencia Familiar por la alta carga procesal en sede fiscal que ellos tenían y porque el trámite para la aplicación de la misma era engorrosos, es por ello que muchas veces preferían acusar directamente; y por ende existía sobrecarga procesal en sede judicial que se acrecentaba con el transcurrir de los años, por lo tanto el

Principio de Oportunidad no era eficaz para el delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

La diferencia más relevante entre el antiguo Código Procesal Penal de 1991 y el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 en el modo de aplicar el Principio de Oportunidad es que, con el nuevo modelo procesal penal la audiencia de aplicación del Principio de Oportunidad es más rápido porque solo se lleva a cabo entre el fiscal provincial que tomo conocimiento de una denuncia y si consideraba que era aplicable el Principio de Oportunidad, remitía los actuados a la fiscalía provincial especializada en su aplicación, mediante resolución motivada. (Longa Miranda, 2010, p. 252)

1.2. León Deza de Malca Esperanza Isabel (2006).

En su Tesis “Aplicación del Principio de Oportunidad en la Provincia de Cajamarca”, presentado en la Universidad Nacional de Cajamarca, para optar el grado académico de maestro en Ciencias, Mención Derecho, tema Derecho Penal y Criminología; se propuso como objetivo general:

“Identificar y analizar las causas y efectos de la problemática en la aplicación del Principio de Oportunidad en las investigaciones preliminares y procesos judiciales en la provincia de Cajamarca entre los años 1995 a 2004 y proponer mecanismos viables para su adecuada aplicación”. (León Deza de Malca, 2006, p. 19).

La autora llega a las conclusiones de relevancia para nuestra investigación:

El Principio de Oportunidad es entendido como un instituto de derecho procesal penal que pone un límite al *ius puniendi*, mediante el cual, de acuerdo a los criterios de oportunidad establecidos y ciertas reglas, el titular de la acción penal prescinde de la persecución del delito, ya sea en sede fiscal o judicial, siempre que exista asunción voluntaria de responsabilidad sobre el hecho y acuerdo reparatorio hacia la víctima. El Principio de Oportunidad está enmarcado dentro del Principio de Legalidad que es el que garantiza que la administración de justicia se encuadre dentro de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

El estudio realizado nos lleva a concluir que los fiscales no dan mayor atención a la solución de las denuncias que llegan a su despacho aplicando el Principio de Oportunidad pues en las 6 Fiscalías Provinciales de la provincia de Cajamarca se encontró que entre 1995 – 2004 las denuncias ingresadas -en cada una de las 6 Fiscalías- que ocupan mayor porcentaje son por delitos considerados de menor gravedad, lo que a su vez entre 50% y 60% son formalizadas ante el poder judicial, las demás son archivadas, y solo en un promedio de 3% se aplica el Principio de Oportunidad, habiendo un pequeño incremento entre los años 2003 y 2004. (5% y 7% respectivamente).

El estudio realizado también nos lleva a concluir que igual sucede en los siete Juzgados de la Provincia que en su promedio del 66% se refiere a delitos de menor

gravedad, de los cuales solamente 33% terminan con sentencia condenatoria y 67% termina con sentencia absolutoria o con auto de sobreseimiento y en ningún caso se aplicó el Principio de Oportunidad, lo que demuestra la preferencia al Principio de Oportunidad (entendido como indisponibilidad de la acción penal) por parte de fiscales, Jueces, Abogados y Litigantes. (León Deza de Malca, 2006, p. 142).

2. A nivel nacional.

A nivel nacional se encuentra 02 tesis relacionadas con nuestro trabajo de investigación; que de alguna manera nos ayudan a fundamentar nuestro proyecto de investigación.

2.1. Bazán Barrera Samanta Yusilu y Vergara Cabrera Elma Sonia (2014).

En su Tesis “Principio de Oportunidad aplicado por los Operadores de Justicia en las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas, Distrito Judicial de Loreto octubre 2012 – abril 2013”; presentado en la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, para optar el grado académico de Magister en Derecho Penal.

El objetivo de esta investigación es Evaluar la frecuencia con que se aplican el principio de oportunidad los operadores de justicia en las Fiscalías Provinciales Corporativas de la Provincia de Maynas, Distrito Judicial de Loreto. Del cual se extrae algunas conclusiones que son las siguientes:

En las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas del Distrito Judicial de Loreto de Octubre del 2012 – abril 2013, siempre se cumplió el objetivo del principio de oportunidad. (Bazán Barrera & Vergara Cabrera, 2014, p. 92).

2.2. Benavides Vargas Rosa Ruth (2002).

En su tesis, “Problemática Jurídica de la Conciliación en el Proceso Penal Peruano”, presentado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para optar el gado académico profesional de Doctor en Derecho y Ciencia Política; el objeto de esta tesis se circunscribe a la aplicación de la conciliación en el proceso penal peruano la misma que se produce en la etapa de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Publico, en la cual el principio de oportunidad permite a las partes involucradas solucionar el conflicto jurídico penal sugerido, sin necesidad de formular denuncia y dar inicio a un proceso penal. Así mismo también puede

producirse en el proceso penal a cargo del juez, donde también es posible la aplicación del principio de oportunidad. Se extrae las conclusiones de interés para nuestra investigación:

La conciliación en el proceso penal peruano se presenta únicamente a través de la aplicación del principio de oportunidad tanto en la etapa de la investigación preliminar como en la etapa judicial.

El mayor número de casos resueltos en virtud de la aplicación del principio de oportunidad, corresponde a la etapa preliminar del proceso penal, a cargo del Ministerio Público.

Este principio se viene aplicando fundamentalmente por iniciativa de las partes interesadas y en un menor número de causas por iniciativa de oficio del fiscal, tanto en la instancia preliminar como en la judicial. (Benavides Vargas, 2002, p. 225).

Teniendo en cuenta la teoría del conflicto y los medios alternativos de solución relacional directamente a la hipótesis planteada en presente trabajo de investigación, puesto que ante un hecho de controversia, lo racional es una solución, pero una solución que no perjudique, sino que a través de mecanismos válidos se busque el beneficio de ambas partes, es así que el principio de oportunidad surge como un mecanismo o un medio alternativo de solución de conflictos, este mecanismo de solución va a generar beneficios como la celeridad del proceso. Si bien es cierto en los trabajos antes revisados se resalta los beneficios del principio de oportunidad aplicado en el proceso común, sin embargo, no se ha encontrado trabajo de investigación reciente que se refiera a la aplicación obligatoria del principio de oportunidad en el proceso inmediato, ni tampoco existe trabajos de investigación donde se analice al principio de oportunidad como un medio alternativo de solución de conflictos en el proceso penal.

3. Evolución del principio de oportunidad.

El derecho penal sustantivo, se encuentra en constante evolución y depende del sistema político, económico, social e incluso religioso del Estado en el cual el derecho positivo en un momento determinado a través de tiempo, han surgido

nuevas teorías, que pretenden explicar que era lo que se vulneraba con la conducta delictiva y cuál era el contenido material del delito.

Al respecto, Tasayco Gilberto, afirma; En el Perú, el principio de oportunidad no fue, no es, ni será una institución procesal eficaz si los jueces, fiscales y abogados defensores no se comprometen con la idea de que es un gran filtro de descarga procesal, cuyos resultados no sólo benefician al Ministerio Público sino también del Poder Judicial, la defensa pública y a todo estamento, incluida la sociedad, que guarde relación con el aparato de la administración de justicia en el país. Por supuesto que desde un punto de vista macro resulta necesario precisar que dicha eficiencia no será factible, además, si el Poder Ejecutivo no destina los recursos necesarios para el éxito en su aplicación. (2010, p. 1).

4. Antecedentes históricos del principio de oportunidad en el derecho procesal penal comparado.

Las legislaciones de diferentes países, obedecen a realidades distintas entre sí, unos más que otros se encuentran digamos adelantados en cuanto se refiere al derecho procesal penal en su conjunto, con criterios de una nueva corriente más humanista, funcionalista y acusatorio garantista, comenzando en otros países y no precisamente en el nuestro.

La utilización de criterios de oportunidad alcanza un gran desarrollo, sobre todo en el derecho "Anglosajón"¹², trasladado a los Estados Unidos de Norteamérica (sistema angloamericano) donde.

Se considera que la oportunidad es la regla y que es el principio rector de la persecución penal. En estos países se desconoce el principio de legalidad procesal, propio del derecho continental, los fiscales ejercen sus facultades persecutorias con una discrecionalidad ilimitada". (Carhuayano Diaz, 2017, p. 27).

Mientras que, en los países europeos, este principio, instaura una política legislativa con notables criterios de aceleración del procedimiento.

5. Antecedentes del Proceso Inmediato.

Como es sabido en nuestra sociedad el incremento de los hechos delincuenciales ha aumentado de forma alarmante y se ha generado una gran inseguridad ciudadana que ha puesto a la ciudadanía en zozobra, a la fecha:

¹² ANGLOSAJÓN, nombre genérico a los individuos procedentes de los pueblos germanos establecidos en Inglaterra - Gran Bretaña- a comienzos de la edad media.

De acuerdo a un estudio del Instituto Integración, el 80 % de peruanos asegura que el nivel de los delitos en el país aumentó en el último año, un 42 % de los hogares fue víctima de un asalto y un 59% percibe aún inseguridad en las calles.

Según el INEI, el 29,7% de la población de 15 años o más dice haber sido víctima de un hecho delictivo, pero solo un 15% denunció este hecho. (RPP, 2016, párrs. 3-4)

Es por esas razones que se ha buscado implementar una reforma procesal penal en nuestro país, una de estas reformas se inicia con la Ley N° 30336 publicado el 01 de julio de 2015, mediante la cual se delegó facultades al Ejecutivo para legislar en materia de seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y crimen organizado, dando así origen al Decreto Legislativo 1194 publicado el 30 de agosto del 2015 y que entró en vigencia el 29 de noviembre de 2015, éste decreto, tiene como base principal el Ordenamiento Italiano:

El antecedente más remoto al proceso inmediato (como proceso especial) a nivel del derecho comparado lo constituyen: el juicio directo (*guidizzio direttissimo*) y el juicio inmediato (*guidizzio immediato*), previsto en el proceso penal italiano. El primero señalado, permite obviar la audiencia preliminar y poner a disposición del Juez enjuiciador al imputado cuando se encuentra en flagrancia o cuando existe acuerdo de por medio, entre el Fiscal y el imputado, para llevar adelante el juicio oral. En tanto que el segundo, es decir, el “juicio inmediato” procede cuando luego de la investigación preliminar, resulta evidente la comisión del hecho delictivo, en cuyo caso se solicita al juez de la investigación preliminar se proceda al juicio oral. Obviamente que el proceso inmediato regulado en el Código Procesal Penal peruano, es un procedimiento especial con características particulares, que permite la omisión de la realización de la etapa intermedia permitiendo la incoación del juicio oral en forma directa. (Pandía Mendoza, 2016, párr. 2)

Este tipo de mecanismos, lo que busca es la simplificación procesal y descongestionar la carga que se genera en los juzgados penales, sin embargo, no sólo el ordenamiento italiano es la base para el proceso inmediato, si buscamos en otras legislaciones podemos encontrar también que:

En la legislación comparada, conocidos son el “procedimiento acelerado” (Alemania), “sentencia de conformidad” (España), “procedimiento simplificado” (Francia), “proceso sumarísimo” (Portugal), “summary offenses, indictable offenses o felonies; hybrid o dual procedure offenses” (Países del commonlaw), “procedimiento simplificado” (Chile y Ecuador), “procedimiento extraordinario” (Uruguay), entre otros países. (Yosely Herrera, 2016, p. 3)

Siguiendo esta línea de mecanismos procesales, el Perú, adopta para la reforma procesal penal el proceso inmediato como proceso especial, cuya finalidad es la celeridad y simplificación de los procesos.

Sin embargo, queda preguntarse, si un mecanismo procesal basado en la celeridad disminuirá o erradicará la delincuencia de nuestra sociedad. Si bien es cierto el modificado proceso inmediato trata de simplificar etapas del proceso común bajo ciertos presupuestos, esto no significa que el problema de la delincuencia sea la demora en los procesos, si no la propia conciencia social.

6. Derecho comparado.

6.1. Legislación alemana.

Al respecto; Ore Guardia, nos deja su posición y afirma.

Esta institución tendría sus orígenes en Alemania, a través de la "Ley Emminger" del 4 de enero de 1924, por el cual se facultó al Ministerio Público a abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, de tal manera que su persecución no afecte el interés público. (Ore Guardia, 1999, p. 132)

Por consiguiente, el Ministerio público se abstiene de ejercer la acción penal cuando los delitos son de escasa importancia, es decir.

Con estos criterios, se faculta al ministerio público de "abstenerse" de ejercitar la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, de tal manera que su persecución no afecte el interés público; conforme a estos argumentos los delitos considerados de "bagatela" no caben en el principio de legalidad, pero si en el principio de oportunidad¹³. (Bazán Barrera & Vergara Cabrera, 2014, p. 7).

7. Legislación norteamericana.

En un sistema procesal anglosajón como el norteamericano, el uso del principio de oportunidad aparece como un mecanismo institucionalizado de evitación de un juicio prolongado o de una condena mayor, por acuerdo entre las partes en la causa penal. Tal como refiere Sánchez Velarde, " entre el 75% y el

¹³ Art. 153° de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, establece que considera, que, tratándose de infracciones castigadas con pena inferior a un año, la Fiscalía puede prescindir de la persecución penal, con aprobación del Tribunal competente, cuando la culpabilidad del autor sea considerada ínfima y no exista interés público en la persecución.

90% de las causas penales en los EE.UU. terminan como consecuencia del uso de este sistema"¹⁴ (Sánchez Velarde, 1994, p. 144).

Sobre el denominado "Plea Bargaining" según Kádagand Lovatón, citado por Bazán Barrera & Vergara Cabrera se da en tres formas:

- a) Voluntaria. - cuando se hace evidente la culpabilidad del sujeto agente;
- b) Estructuralmente inducida. - cuando la confesión es consecuencia de la previsión de una pena mayor de mayor sanción (pena más grave) para quienes insisten en la celebración de la vista a la causa, porque es sabido que los jueces imponen una pena más benigna a quienes reconociendo su culpabilidad, renuncian a un juicio contradictorio; y
- c) Negociada. - Consiste en un acuerdo entre el Fiscal y el acusado o el Abogado de aquél, antes de la vista a la causa. Esta negociación se realiza en función al delito (calificación de uno grave a otro de menor gravedad) o, a la pena (sanción atenuada) o en su caso entre estos dos. Llevado a cabo dicho acuerdo, el Fiscal recomendará al Juez ser "indulgente" para con el imputado. El interés central de la vigencia de este sistema, está en la economía procesal penal, puesto que la declaración de culpabilidad evita un juicio costoso y prolongado. Beneficia a todas las partes implicadas: "el imputado" se ampara a una sanción mínima; "el defensor" obtiene, sus honorarios con menos esfuerzo; "el Fiscal" consigue una condena sin riesgos de absolución, además de mantener una buena imagen; y por último el Estado, logra una declaración de culpabilidad sin mayor perjuicio económico al evitar la realización de un juicio oral. (Bazán Barrera & Vergara Cabrera, 2014, p. 9).

8. Legislación española.

La manifestación del principio de oportunidad, responde única y exclusivamente a una política criminal que se utiliza en delitos de menor criminalidad y de poca importancia, e incluso se permite que la policía trate que las partes lleguen a una conciliación, pero que debe ser aprobado por el Fiscal y el Juez. En esta legislación encontramos el denominado "proceso penal abreviado" que ha procurado obtener una mayor celeridad procesal, conocida en dicha legislación como la "conformidad del acusado" o "confesión del procesado" negociada con el ministerio fiscal (se entiende acá, por el ministerio público), ya que en ese país se considera sólo por terminología, a la procuraduría pública.

¹⁴ Timothy Cornish. Conferencia Nacional de la Justicia Penal, Lima, Abril 22-24, 1993. Extractos del artículo de la Rev. De Ciencias Jurídicas de El Salvador Set, 1992, p.7.

Al respecto, Rodríguez García, refiere; A partir de este panorama de 1.988 se ha intentado variar, una vez más con reformas parciales, y no, sólo se ha buscado dotar de rapidez y eficacia a la justicia penal, sino que se ha intentado fortalecer notablemente el principio acusatorio. En este sentido tenemos que señalar la reforma por la Ley Orgánica 7/1.988, que ha simplificado la situación existente disminuyendo el excesivo número de procesos: se ha creado un procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de la pequeña y mediana criminalidad y se reserva el procedimiento ordinario para delitos más graves. Se han potenciado las funciones del Ministerio Fiscal, se ha agilizado la instrucción restringiendo el papel que en la misma históricamente ha desempeñado el Juez de Instrucción, y se ha extendido la aplicación en el proceso penal del principio de oportunidad. (1997, p. 66).

9. Legislación italiana.

También en esta legislación hay un acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público, sobre la pena para tratar de evitar llegar al juicio oral.

En Italia, la legislación procesal establece mecanismos de acuerdo entre las partes a fin de evitar el juzgamiento o abreviar el proceso. Los procesos especiales atienden a este cometido. El juicio abreviado y "el patteggiamento" se basan en la existencia de un acuerdo entre el imputado y el ministerio público sobre la forma y la pena, así como el denominado "decreto penal de condena" que apunta a evitar el debate oral.

El procedimiento de aplicación de la pena a pedido de las partes (patteggiamento) es el más parecido al plea bargaining, el acuerdo entre el imputado y el ministerio público se manifiesta sobre la pena, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la misma, reducida a un tercio, siempre que en los hechos investigados aparezcan circunstancias atenuantes que así lo permitan o la pena privativa de la libertad no sea superior a dos años (art. 444 de la nueva ley italiana). (Benavidez Vargas, 2002, p. 137-138)

10. Legislación inglesa.

Se denomina "Guilty Plea", es más conocido como el sistema "anglosajón": semejante al americano, consiste en un mecanismo institucionalizado para evitar un juicio o una condena mayor. Por su elasticidad permite un acuerdo extremo entre las partes, sin la intervención del fiscal inicialmente, los interesados acuden sólo con sus abogados sin requerir la presencia de un árbitro para realizar un acuerdo extrajudicial, si éste fracasara, recién solicitan la presencia del fiscal, quien también propone nuevas fórmulas de arreglo para evitar un proceso.

11. Legislación colombiana.

En la legislación colombiana, también se encuentra establecido el principio de oportunidad, en tal sentido, Rosa Benavides en su Tesis de Investigación sobre la “Problemática Jurídica de la Conciliación en el Proceso Penal Peruano” nos ilustra:

Tal como lo indica Bernal Cuellar, citado por Sánchez Velarde: Es importante resaltar que tal como quedó estructurado el código procesal penal colombiano el ejercicio de la acción penal obedece al principio de la legalidad y no al de oportunidad (debiendo entenderse que este último principio es aplicable en este sistema penal, pero como una excepción al principio de legalidad). La formulación de la acusación no depende de la discrecionalidad del funcionario o de la conveniencia o no de dicha acusación, sino, por el contrario, depende de la concurrencia de determinada prueba que permita fundamentar la resolución acusatoria. (Benavides Vargas, 2002, p. 139-140).

El Art. 38 del C. de P.P. colombiano permite la conciliación durante las siguientes etapas:

- “Indagación previa. En éste caso si prospera el acuerdo entre las partes, debe proferirse resolución inhibitoria.
- Instrucción formal, o sea a partir de la resolución de apertura de la investigación, en la cual debe ordenarse por parte del funcionario la realización de audiencia de conciliación.
- En la etapa de juzgamiento, hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia definitiva (...).” (Benavides Vargas, 2002, p. 142).

12. Legislación argentina.

Respecto a este sistema procesal, que también detiene el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, este se somete a prueba.

En este país, se encuentra legislado, "la suspensión del procedimiento a prueba: trata de un instrumento procesal que consiste en detener el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, a condición de que este último se someta, durante un plazo: determinado a cumplir satisfactoriamente ciertas obligaciones legales que le impone el tribunal; una vez cumplido, se declara extinguida la acción penal. Este instituto procesal es algo similar con la "reserva del fallo condenatorio" que se aplica por nuestra legislación penal peruana al término del proceso. Difiere del anterior porque, la "suspensión del procedimiento a prueba", se aplica durante la instrucción. (Bazán Barrera & Vergara Cabrera, 2014, p. 11).

“Para la utilización de este supuesto se exige tres requisitos: a) el consentimiento del otorgamiento del beneficio por parte del imputado; b) la reparación, en lo posible del daño provocado a la víctima; y c) la no comisión de un delito anterior”. (Mariano, 1993, p. 29).

13. Legislación chilena.

Asimismo, en el Código Procesal de Chile, encontramos al principio de oportunidad.

La Ley Chilena N° 19696, dada el 12 de octubre de 2000, que establece el Código Procesal Penal y modificada con el Ley N° 20507, dada el 08 de abril de 2011, en su Art. 170°, con la siguiente descripción: "Principio de Oportunidad. Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o de reclusión menores a su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

CONCLUSIONES

Del análisis del trabajo de investigación se ha llegado a establecer las siguientes conclusiones:

1. La aplicación del principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos de omisión a la asistencia familiar, si genera beneficios para las partes de forma rápida, contribuyendo a la economía procesal, así como evita la carga procesal y los antecedentes al imputado.
2. El principio de oportunidad es un medio alternativo de solución de conflictos en su aplicación obligatoria dentro del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar.
3. Con la aplicación del principio de oportunidad en los casos de omisión de asistencia familiar a nivel fiscal sí evita la carga procesal innecesaria.

RECOMENDACIONES.

El trabajo de investigación se ha llegado analizar sobre la aplicación de un mecanismo procesal en el proceso inmediato respecto a sólo un delito, sin embargo, no se ha tocado temas que también son importantes analizar como “la exclusión del delito de omisión de asistencia familiar en el proceso inmediato”.

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, surgieron temas que no han sido debatidos y que pueden ser recomendados para investigar como “el principio de oportunidad un medio alternativo de solución de conflictos en el derecho penal”.

Recomendar a los profesionales del derecho en relación a la sociedad, orientar que ante un conflicto judicial en ultima racion también existe un medio alternativo de solución que permite una que permite resolver de manera rápida el problema como el principio de oportunidad el cual aporta grandes beneficios para ambas partes.

RESUMEN

Tras la entrada en del Decreto Legislativo N° 1194, respecto al proceso inmediato se ha abierto nuevamente el debate, en tal sentido, planteamos la aplicación obligatoria para un delito específico que es el delito de omisión de asistencia familiar, es así que se formuló la pregunta, ¿cuáles son los beneficios de la aplicación obligatoria del principio de oportunidad dentro del proceso inmediato en los delitos de omisión de asistencia familiar a nivel fiscal?

Para poder llegar a la respuesta formulada, se analizó la aplicación del principio de oportunidad en los delitos de omisión de asistencia familiar por los fiscales y si ha cumplido con su objetivo, abstención del ejercicio de la acción penal, así mismo se explican los criterios para la aplicación del principio de oportunidad en el proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y sus beneficios, teniendo como premisa: “si se aplica el principio de oportunidad en el proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar, entonces los beneficios que produciría serán los siguientes a) No se generan antecedentes al imputado, b) Se evita la carga procesal en los Juzgados de investigación preparatoria, c) Se contribuye a la celeridad y economía procesal y d) Se resarce el daño producido al agraviado de modo inmediato.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Angulo Arana, P. M. (2004). El Principio de Oportunidad en el Perú, Primera edición, Edit. Palestra. Perú.
- Anitua, G. (2000). El sistema procesal penal de Inglaterra y Gales. Artículo en sistemas procesales penales comparados, Inglaterra.
- Aymituma Minchan N.N. & Verastegui Quiroz C.R. (2016). *La Inadecuada Regulación del Principio de Oportunidad: Fundamentos para la modificación de los párrafos B) y C) del Numeral 9 del Artículo 2 del Código Procesal Penal Peruano* (Tes. Para obtener el grado académico de Magister en Derecho Penal y Criminología, inédita) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca.
- Bazán Barrera, S.Y. & Vergara Cabrera, E.S. (2014). *Principio de Oportunidad de Justicia en las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas, Distrito Judicial de Loreto, Octubre 2012 – Abril 2013*. (Tes. Para obtener el grado académico de Magister en Derecho Penal, inédita) Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, Loreto.
- Benavides Vargas, R.R. (2002). *Problemática Jurídica de la Conciliación en el Proceso Penal Peruano*. (Tes. Para obtener el grado académico Doctor en derecho y Ciencia Política) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Programa Cybertesis PERÚ.
- Cabanellas de Torres, G. (2010). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.
- Carhuayano Diaz, J.B. (2017). *El Delito de Incumplimiento de Obligación Alimentaria y su Influencia en la Aplicación del Principio de Oportunidad*. (Tes. Para obtener el título de Abogado) Universidad Privada Norbert Wiener, Lima.
- Cubas Villanueva, V. (1997). El proceso penal. Editorial Palestra. Perú.
- Creus, C. (1992) Introducción a la nueva doctrina penal, Edit. Santa Fe, Argentina.

Duce, Mauricio y Riego. (2002). Cristian. Introducción al nuevo sistema procesal penal Santiago de Chile.

García Pablos, A. (1996) Análisis Criminológico de los diversos modelos. Edit. Tirantlo Blanch. Valencia, España.

Hulsman, L. (1984) Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa. Edit. Ariel S.A. España.

Hurtado Huaila Ana C. & Reynaldo Alfaro Luis M. (2015). El proceso Inmediato: Valoraciones Político – Criminales e Implicancias Forenses del D. Leg. 1194. *Gaceta Penal*, 76, 11-25.

Kádagand Lovatón, Rodolfo; "Manual de Derecho Procesal Penal", Editorial Rodhas, Segunda Edición - Lima 2001. P. 50.

Ledesma Narváez Marianella. (2000) Un conflicto conciliado: una visión jurídica de los elementos sustantivos. En: Revista Biblioteca. Dirección de Biblioteca y Centro de Documentación del Colegio de Abogados de Lima; Año1, N° 2, Lima.

León Deza de Malca, E.I. (2006). *Aplicación del Principio de Oportunidad en la Provincia de Cajamarca*. (Tes. Para obtener el grado académico de Maestro en Ciencias Mención Derecho, inédita) Universidad Nacional de Cajamarca.

Longa Miranda, D. (2010). *Aplicación del Principio de Oportunidad en el Delito de Omisión a la Asistencia Familiar, en el Distrito Judicial de Cajamarca; Durante los meses de Abril – Agosto 2010*. (Tes. Para Obtener el título de abogado inédita) Universidad Nacional de Cajamarca.

Londoño Jiménez, H. (1994). *El Derecho y la Justicia*. Ed. Jurídica Gustavo Ibañez. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

López Betancour, E. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. México: Lura Editores.

Mariano, E. (1993). *Suspensión del Procedimiento a Prueba en el Nuevo Proceso Penal de la Nación*. Buenos Aires: El Puerto.

Melgarejo Barreto, P. (2006). *El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.

Montes de Oca Vidal, A. (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos, de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf consultado el 10-01-2018.

Montoya Vivanco. I. (2009). La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmáticas penales. Lima – Perú.:PUC.

Ore Guardia, A. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Alternativas.

Pandia Mendoza, R. (2016). *El proceso Inmediato*. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/314232881/El-Proceso-Inmediato>. Consultado el 02 – 04 – 2018.

Peña Cabrera, A. R. (2008). *Derecho Penal-Parte Especial I*. Idemsa. Lima.

Pérez, Guadalupe. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?*. Ed. Comares. España.

RPP, (2016). Así está el Perú 2016: 80% cree que los delitos aumentaron en el último año. Recuperada de <http://rpp.pe/politica/elecciones/asi-esta-el-peru-2016-80-cree-que-los-delitos-aumentaron-en-el-ultimo-ano-noticia-936224>. Consultado el 02/04/2018.

Rojas Vargas, Fidel, Infantes Vargas, Alberto y Quispe Peralta, Lester L. (2007). *Código Penal-Dieciséis Años de Jurisprudencia Sistematizada*. Parte Especial Tomo II. Lima. Idemsa. 3° Edición.

Ruiz Pérez, M. A. El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula.

Rojas Vargas, F. (2012). *Código Penal – Dos décadas de jurisprudencia: (t. ii)*. Lima: Ara Editores.

Rodríguez García, N. (1997). *El Consenso en el Proceso Penal Español*. Bosch Editor. Barcelona. España.

Sánchez Velarde, P. (2016). La flagrancia y el proceso inmediato. Recuperado de <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/flagrancia-y-proceso-inmediato-pablo-sanchez-velarde-noticia-1874843>. Consultado el 10-04-2018.

Sánchez Velarde, P. (1994). *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima, Idemsa.

[San Martín Castro C. \(2016\). *El proceso Inmediato. Ius in Fraganti – Revista informativa, 1,13-27.*](#)

San Martín Castro, C. (1999). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Grijley, Perú.

[Salinas Siccha, R. \(2012\). *Derecho Penal- Parte Especial. Quinta Edición. Lima: Grijley.*](#)

Salinas Siccha, R. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima. Grijley (3° Ed.) Corregida y aumentada.

Soto Bardales, M.J. (2008). *Un Fundamento de Inconstitucionalidad de la Aplicación del Principio de Oportunidad por el ministerio Público*. (Tes. Para Obtener el título de abogado inédita) Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca.

Tasayco Gilberto, F. (2010). *El Principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal*. Perú. Revista Justicia y Derecho.

[Ticona Postigo V. \(marzo, 2016\). *Ius in Fraganti – Revista informativa, 1, 3-5.*](#)

Vado Grajales Luis O. (2013). *Medios alternativos de Solución de Conflictos*.

Welzel, H. (1993). *Derecho penal Alemán*. Trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile Santiago.

ANEXO

**5° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA –
(FLAGRANCIA).**

EXPEDIENTE : 00390-2018-0-0601-JR-PE-06.
JUEZ : NAVARRO DELGADO MOISES J.
MINISTERIO PUBLICO : PRIMERA FISCALIA PROVINCIAL
PENAL DE CAJAMARCA.
REPRESENTANTE : MUÑOZ ABANTO, MARÍA MARLENY.
IMPUTADO : MARIN TERRONES, ELMER
DELITO : OMISIÓN A ASISTENCIA FAMILIAR
AGRAVIADO : MARIN MUÑOZ, YHOSDAN NEYSER

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES.

Cajamarca, doce de abril del
Año dos mil dieciocho.

AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta con el presente proceso y escrito presentado por el abogado del procesado Elmer Marín Terrones, mediante el cual adjunta depósito electrónico, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: En audiencia pública de fecha doce de abril del año dos mil dieciocho, que obra de folios once a doce, mediante resolución numero dos se resolvió **APROBAR la aplicación del principio de oportunidad, presentada por el abogado de la defensa técnica del imputado Elmer Marín Terrones, a efectos de que cumpla con realizar el depósito judicial en el presente proceso penal, por la suma de S/. 5 000.00 (cinco mil con 00/100 soles),** hasta más tardar el trece de abril del año en curso, este pago deberá realizarlo bajo apercibimiento expreso o condición de que si no cumple con la cancelación se revocará este **principio dentro del proceso** y se continuará la acción penal a través de la devolución de la carpeta fiscal para el requerimiento acusatorio correspondiente, una vez verificado el cumplimiento de pago, éste juzgado emitirá el auto de **sobreseimiento** correspondiente de ser el caso.

SEGUNDO: En cuanto al cumplimiento del pago de la reparación civil, se advierte que el procesado ha cumplido con dicho pago mediante el **Depósito Judicial Electrónico** número 2118076101570 por la cantidad de S/. 5 000.00 (cinco mil con 00/100 soles), el cual fue ingresado mediante escrito de autos de fecha seis de abril del año dos mil dieciocho, con lo que queda acreditado el cumplimiento del pago derivado del acuerdo arribado.

TERCERO: Respecto del **Sobreseimiento**; El Código Procesal Penal en el numeral 7 del artículo 2 señala que: *si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento con o sin las reglas fijadas en el numeral 5 hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnabile, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las regla impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.* Siendo que, en el caso presente, el imputado ha cumplido con lo ordenado mediante Resolución número dos, debe procederse a emitir el archivo definitivo de la presente causa.

DECISIÓN:

Po las consideraciones antes expuestas y estando a la normatividad legal arriba acotada;

SE RESUELVE:

- 1. AGRÉGUENSE** a los autos el escrito de fecha doce de abril del año dos mil dieciocho, mediante el cual se adjunta el depósito judicial electrónico que corresponde a la reparación civil por la suma de S/. 5 000.00 (cinco mil con 00/100 soles).
- 2. TÉNGASE** por consignada la suma de S/. 5 000.00 (cinco mil con 00/100 soles), mediante el Depósito Judicial Electrónico número 2118076101570 por concepto de reparación civil y de conformidad con la Resolución Administrativa N° 11-

2013-CE-PJ de fecha catorce de junio del dos mil trece que aprueba la Directiva N° 004-2013-CE-PJ: **PÓNGASE** a conocimiento de la parte agraviada, **ENDÓSESE Y ENTRÉGUESE** a dicha parte y **HÁGASE PRESENTE** que la parte beneficiaria del depósito judicial electrónico al momento de solicitar la autorización de pago, deberá de precisar el número de su Documento Nacional de Identidad, y en caso de representación, identificado plenamente a la persona a quién se le va a autorizar el pago del empoce dinerario.

3. **TENGASE** por **CUMPLIDO** el acuerdo que por **Aplicación del Principio de Oportunidad** arribaron las partes el veintiocho de marzo del año dos mil dieciocho.
4. **PROCEDASE AL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO** de la presente investigación a favor de **ELMER MARÍN TERRONES**, *por el delito Contra La Familia, en la modalidad de Omisión a la Asistencia Familiar, en agravio de su menor hijo MARIN MUÑOZ, YHOSDAN NEYSER.*
5. **CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que sea la presente resolución se anule los Antecedentes Penales u otros derivados de la presente investigación, **ARCHIVANDOSE** la presente y devolviéndose la carpeta fiscal. **NOFIQUESE.**