

UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



TESIS:

**“EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACION
ALIMENTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”**

PRESENTADO POR:

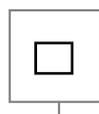
BACH. JHOSELIN BEATRIZ CARHUAYANO DIAZ

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

ASESORA: MIRTHA BORJAS GUERRA DE ALARON

LIMA-PERÚ

2017



AGRADECIMIENTO

En primer lugar, agradezco a Dios por darme unos padres maravillosos, agradecer a mi mamá por su apoyo, su confianza, por ser mi amiga y por jamás haberme dejado sola en este largo camino como fue la universidad, agradezco a mi papá por el esfuerzo realizado para solventar mis gastos y poder culminar mis estudios, a mi hermano Jhon por estar a mi lado y apoyarme en los momentos más difíciles, a mi hermanito Anthony por enseñarme a creer en los sueños.

Agradezco a cada uno de las personas que estuvieron a mi lado brindándome su apoyo.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mis amados padres quienes me dieron la vida, el amor, la confianza y el apoyo constante para culminar mis estudios. A mis hermanos por ser mi ejemplo y mi motivación para salir adelante y a Juan Carlos, quien me apoyo y ánimo para continuar con esta tesis.

A mis maestros quienes nunca desistieron al enseñarme, sin sus enseñanzas no hubiera podido realizar esta tesis.

A todos los que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis, pues es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional.

INDICE

CARATULA

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACION

- 1.1.1. Planteamiento del problema
- 1.1.2. Formulación del problema
- 1.1.3. Justificación de la investigación

1.2. MARCO REFERENCIAL

- 1.2.1. Antecedentes
 - 1.2.1.1. Antecedentes del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria
 - 1.2.1.2. Antecedentes del Principio de Oportunidad
 - 1.2.1.3. Legislación comparada sobre el principio de oportunidad
- 1.2.2. Marco teórico
 - 1.2.2.1. Definición del delito de Omisión a la Asistencia Familiar
 - 1.2.2.2. Definición del Incumplimiento de obligación alimentaria
 - 1.2.2.2.1. Características y Caracteres del Delito de Incumplimiento de Obligación Alimentaria
 - 1.2.2.2.2. Sujetos
 - 1.2.2.2.3. Elementos constitutivos del Incumplimiento de Obligación Alimentaria.
 - 1.2.2.3. Definición del Principio de Oportunidad

- 1.2.2.3.1. Presupuesto para la aplicación del Principio de Oportunidad
- 1.2.2.3.2. Procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad
- 1.2.2.3.3. Ventajas de la Aplicación del Principio de Oportunidad
- 1.2.2.3.4. La eficacia que tiene la Aplicación del Principio de Oportunidad

1.2.2.4. Estado de cuestión (Posiciones a favor y en contra de la Aplicación del Principio de Oportunidad)

- 1.2.2.4.1. Autores que consideran que se debe de aplicar el Principio de Oportunidad.
- 1.2.2.4.2. Autores que consideran que no debe de Aplicarse el Principio de Oportunidad.

1.3. OBJETIVOS E HIPOTESIS

1.3.1 Objetivos

- 1.3.1.1. Objetivos general
- 1.3.1.2. Objetivos específicos

1.3.2. Hipótesis

- 1.3.2.1. Hipótesis general
- 1.3.2.1. Hipótesis específica

CAPITULO II: MÉTODO

2.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

- 2.1.1. Tipo de investigación
- 2.1.2. Diseño de investigación

2.2. VARIABLES

2.3. POBLACION, MUESTRAS Y MUESTREO

2.4. TECNICA E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

2.5. TECNICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.2. DISCUSIÓN

3.3. CONCLUSIONES

3.4. RECOMENDACIONES

CAPITULO IV: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

01: Matriz de consistencia

02: Instrumentos

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación titulado: **“EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”**, aborda un tema poco estudiado e investigado en el Perú.

Sin lugar a dudas, que uno de los delitos que más se produce en el país, es el de incumplimiento de la obligación alimentaria, y la aplicación del principio de oportunidad en estos temas es de suma utilidad, porque permite que el proceso penal concluya y se disminuya la carga a nivel de fiscalías y juzgados.

Sin embargo, en el trabajo de investigación se averiguará las causas por las cuales el imputado no solicita la aplicación del principio de oportunidad.

PALABRAS CLAVES: Incumplimiento de la obligación alimentaria, principio de oportunidad, imputado, proceso penal

ABSTRACT:

This research paper entitled **“THE CRIME OF BREACH OF FOOD OBLIGATION AND ITS INFLUENCE ON THE OPERATION OF OPPORTUNITY ”** addresses a subject little studied and researched in Peru.

Undoubtedly, one of the crimes that most occurs in the country, is the breach of the maintenance obligation, and the principle of opportunity on these issues is very useful, because it allows the criminal proceedings conclude and decrease the load level procuratorates and courts.

However, research on the causes for which the accused does not request the application of the principle of opportunity it should be investigated.

KEYWORDS: Breach of the maintenance obligation, principle of opportunity, accused, criminal proceedings.

INTRODUCCION

El título de mi trabajo de investigación se denomina: **"EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"**.

Esta investigación tiene como objetivos los siguientes:

Objetivos generales:

Determinar cuáles son las causas para que el imputado no haya ofrecido el principio de oportunidad en la etapa prejurisdiccional.

Objetivos específicos:

Establecer el porcentaje de casos de aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria solicitado por el imputado

Determinar el porcentaje de casos de aplicación del principio de oportunidad propuesto de oficio por el Ministerio Público.

Conocer si los abogados ponen en conocimiento de los imputados que pueden solicitar el principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de obligación alimentaria.

El trabajo de investigación contiene los siguientes capítulos:

Capítulo I: Contiene la introducción, el problema de investigación, la formulación de la investigación, justificación de la investigación, marco referencia, antecedentes, marco teórico, objetivos generales, objetivos específicos, hipótesis general e hipótesis específica.

Capítulo II: Contiene el método, el tipo y diseño de investigación, variables, población, muestra y muestreo, las técnicas de investigación de recolección de datos y las técnicas para el procesamiento de datos.

Capítulo III: Contiene los resultados, la presentación de resultados, discusión, las conclusiones y recomendaciones.

Capítulo IV: Contiene las referencias bibliográficas y anexos, matriz e consistencia y los instrumentos.

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN. -

1.1.1. Planteamiento del Problema

El presente trabajo de investigación contiene como problemática la aplicación del principio de oportunidad en los delitos de omisión a la asistencia familiar.

En nuestro ordenamiento jurídico no se establece o no se da el principio de oportunidad en el caso antes establecido, a pesar de que sería algo favorable puesto que no se tendría demasiada carga procesal.

(Ministerio de Justicia, 2017) Nos indica que el principio de Oportunidad “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), 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. Fortalecer la actuación del Fiscal y promover el uso del Principio de Oportunidad de manera eficaz y uniforme, a fin de evitar la judicialización de un caso penal. El Fiscal en el marco de sus atribuciones podrá intervenir activamente en el Acuerdo de Principio de Oportunidad. De convenir el acuerdo el imputado y agraviado, y satisfecha la reparación civil el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal”.

Por lo antes mencionado concluiríamos señalando los siguientes problemas de investigación:

1.1.2. Formulación del problema

1.1.2.1. Problema principal

¿Por qué motivo los operadores de justicia no motivo la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria?

1.1.2.2. Problema secundario

¿En qué medida el Fiscal no propuso de oficio al imputado la aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado?

1.1.3. Justificación de la investigación

El tema: **"EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD"**, se justifica porque estamos ante uno de los delitos de mayor incidencia en el país.

Además, es importante conocer porque el imputado no ha solicitado la aplicación del principio de oportunidad en la etapa prejurisdiccional en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

Y conocer también en qué medida el Fiscal de oficio no promovió la aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

El aspecto cuantitativo y el cualitativo abarca la presente investigación, ahí precisamente radica la importancia del tema.

1.2. MARCO REFERENCIAL

1.2. 1. Antecedentes

1.2.1.1. Antecedentes del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

1. La familia en el mundo antiguo

(Jenkins, 1998, pág. 15) “En el mundo antiguo la familia (*oikos* en griego y *familia* en latín) era patrilínea, o lo que es mismo, la línea sucesoria y la herencia se transmitía del padre al hijo. El principal miembro masculino de la familia, al que los romanos llamaban el *paterfamilias*, era quien la gobernaba y en quien residía la última instancia de autoridad, aunque la mujer fuera quien supervisara el funcionamiento de la casa.

Bajo el dominio (*manus*) del *paterfamilias* y su equivalente griego se encontraban sometidos las mujeres y el resto de los varones de la familia- los hijos, los hermanos menores que aún permanecían solteros, los esclavos y, en ocasiones, también su propio padre; este último, que en su momento fue el cabeza de la familia, mediante la correspondiente ceremonia, podía dejar que ocupara su lugar heredero, más joven y poderoso que él -. Además, las palabras *familia* y *oikos* se utilizaban no solo para referirse a los componentes humanos de la familia, sino que bajo su significado se incluían también los animales y el resto de las propiedades.

La unidad familiar tenía una función tanto política como doméstica. Las familias *patricias* eran quienes formaban el principal órgano político de la República Romana, el Senado, y durante el Imperio las familias principales intervenían tanto en el gobierno de la ciudad como el propio emperador. De la misma manera, a pesar de que en el siglo V a.C. Atenas era, constitucionalmente, una democracia, su gobierno aún seguía controlado por un pequeño número de familias importantes. Y esto es válido también para la mayor parte de las ciudades del mundo antiguo, fuera cual fuera su sistema de gobierno.

Los miembros de cada familia no tenían que vivir necesariamente bajo el mismo techo, pues resultaba inevitable que en cada generación se crearan nuevas ramas dentro de ellas tan pronto como los hijos recibían su parte de la herencia familiar y se iban a vivir fuera de la casa paterna. Sin embargo, todas estas diferentes ramas de la familia estaban unidas por lazos de parentesco y podían unirse para constituir una poderosa fuerza política e, incluso, militar. Los romanos ricos, en particular, reforzaban su influencia familiar, como ya hemos visto, mediante la institución de la clientela. Es más, si un esclavo conseguía su libertad tomaba el nombre de su antiguo amo y seguía permaneciendo dentro del ámbito de su influencia.

A partir del siglo XIX, cuando los historiadores empezaron a interesarse en serio por las formas de vida social en la Antigüedad, comenzaron a discutir sobre cuál había sido el papel de la mujer en aquellas

sociedades, y muy especialmente cual había sido este en el mundo griego; y mientras que algunos intentaron demostrar que las limitaciones que sufrían no eran excesivas, otros insistían en que vivían sometidas al mismo aislamiento que padecían en las sociedades del Próximo Oriente. Esto parece ser cierto al menos para la Atenas clásica, pero tenemos muy pocas pruebas sobre cuáles eran las costumbres sociales en otros lugares de Grecia. Si es posible hacer alguna generalización, podríamos decir que en la mayor parte de la antigua Grecia y en el Imperio Romano las mujeres no disfrutaron jamás de nada que pudiera parecerse a la libertad de la que gozan hoy en el mundo occidental. Sin embargo, resulta difícil determinar que grado de libertad se le concedió a las mujeres en cada lugar y en cada época, ni podemos saber tampoco lo que las propias mujeres pensaban de su condición, pues los únicos testimonios que nos han llegado al respecto, escritos por hombres, reflejan exclusivamente el punto de vista masculino.”

(Catala Rubio, 2006, págs. 105-109)“En este epígrafe vamos a tratar el supuesto más frecuente, el del menor de condición libre, ciudadano romano y *aliene iuris*, es decir, sujeto a la *patria potestas* de un *paterfamilias*.

El primer aspecto que hemos de poner de relieve es que solo estaban sujetos a la *potestas* del *pater* los hijos legítimos, es decir, aquellos nacidos de justas nupcias, es decir, los nacidos en el seno del matrimonio de un ciudadano romano con una ciudad

romana o con una latina o con una peregrina que gozaran del *ius connubii*, tal y como se desprende claramente de las Instituciones de Gayo: “Los ciudadanos romanos tienen la patria potestad si se casaran con mujeres ciudadanos romanas o también con latinas o extranjeras con las que tuvieran derecho de matrimonio, pues como el derecho de matrimonio hace que los hijos sigan la condición del padre, sucede que no solo se hacen ciudadanos, romanos, sino que entran también bajo la potestas paterna” estableciendo además el derecho romano la siguiente presunción de paternidad: “*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*”. (...) hemos de recordar que en Roma el padre de familia tenía un poder absoluto sobre todos los miembros de su familia, potestas que el jurista Gayo configura como algo propio y específico del pueblo romano, y de cuya amplitud y carácter absoluto dan prueba varias de las facultades o potestades que el ordenamiento jurídico concedía al padre sobre todos los sometidos a él: “*ius vitae ac necis*”, “*ius vendendi*”, “*ius noxae dandi*”, e “*ius exponendi*”, siendo totalmente reveladoras de esta concepción las siguientes palabras de **DIONISIO DE HALICARNASO**: “Y las leyes que redactó Romulo sobre el respeto y obediencia de los hijos, para que honren a sus padres haciendo y diciendo todo cuando aquellos les manden, eran aún más venerables y dignas, y muy superiores a nuestras leyes. Quienes establecieron las constituciones griegas fijaron un tiempo realmente corto para que los hijos estuvieran bajo la tutela de sus padres: unos hasta cumplir el tercer año

tras la pubertad, otros el tiempo que permanecieron solteros, y algunos hasta su inscripción en los registros públicos (...). Estipularon castigos contra los hijos si desobedecían a su padre, pero no graves: les permitían expulsar a los hijos de cada y no dejarles bienes, pero nada más allá. Y estos suaves castigos no eran suficientes para detener la locura de la Juventus ni la arrogancia de sus maneras, ni para conducir a la prudencia a quienes tenían olvidadas las buenas costumbres. Por eso en Grecias los hijos faltan muchas veces a sus padres. Pero el legislador romano dio, por así decirlo, completo poder al padre sobre su hijo y durante toda su vida, ya quisiera encerrarlo, azotarlo, mantenerlo encadenado dedicado a los trabajos del campo, o matarlo, incluso aunque el hijo estuviese ya ocupado en asuntos públicos, admitido en los mas altos cargos o elogiado por su entrega a la comunidad. Y en efecto, por esta ley hombres ilustres que estaban frente a los rostra lanzando al senado discursos gratos a los plebeyos, por los que conseguían gran renombre, fueron bajados de la tribuna y arrastrados por sus padres para sufrir el castigo que ellos decidieran. Y mientras eran conducidos por mitad del Foro, ninguno de los presentes tenía capacidad para liberarlo, ni cónsul, ni tribuno, ni siquiera el populacho adulado por ellos, que consideraba todo poder inferior al suyo propio”.

2. La familia en la época Incaica

(Luis Calva, 1998, págs. 82-83) “Todo campesino casado y físicamente apto recibía un lote, se suponía que así se alimentaría él y su familia (...) La campesina inca hilaba y tejía la tela que vestía ella y su familia. Eran prácticamente inexistentes los intercambios de productos. Todo lo que ha menester para pasar la vida lo hacen ellos (los campesinos) por su persona (...) ellos se hacían sus casas y sus vestidos, calzados y tocados. El campesino estaba sujeto a prestaciones personales en favor del estado, debiendo trabajar las tierras de este así como las del culto y del curaca o señor de la aldea; debía trabajar en las obras publicas y estaban obligados a prestar servicio militar; su mujer debía tejer las lanas del estado”.

3. La Ley 13906

En el Perú, el delito de Omisión a la Asistencia Familiar, se regula con la Ley Nro. 13906 del 24 de marzo de 1962 bajo el título de Ley de Abandono de Familia, actualmente derogada.

En el gobierno de Prado se expide la ley 13906, la cual creó mucha polémica, expresaba que, al

obligado a pagar la pensión alimenticia, se le podía requerir el pago de la misma bajo apercibimiento de detención; por lo tanto, se entendía resucitado el instituto de prisión por deudas, propio del Derecho Romano. Esta Ley está actualmente derogada, por nuestro Código Penal Vigente el cual en su artículo 149 tipifica este delito.

Artículo 1° el que teniendo obligación de prestar alimentos a un menor de menos de 18 años de edad, o al mayor incapaz, que está bajo su patria potestad, tutela u otra forma de dependencia, al ascendiente invalido o necesitado, o al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, se sustrajera intencionalmente de su cumplimiento, será reprimido con prisión no menor de tres meses ni mayor de 2 años, o multa de seiscientos soles a diez mil soles, sin perjuicio de exigírsele el cumplimiento de su obligación alimentaria.

La pena será de penitenciaria o prisión no mayor de seis años, si como consecuencia directa del estado de abandono familiar sobreviniere algún daño grave o la muerte de la persona desamparada.

Se presume que el incumplimiento es intencional salvo prueba en contrario.

Las multas se impondrán en beneficio de los alimentistas.

“En el Perú la posición adoptada a partir de la dación de la Ley 13906. Como dijimos, esta ley llamada también ley de abandono de familia del 24 de marzo de 1962, adopta desde aquella ocasión una posición ecléctica, ubicada entre la posición ampliada, cuyos exponentes fueron la legislación Española y la Italiana, al comprender los deberes que provenían de la familia, tanto materiales como morales, correspondiendo al ámbito susceptible de incriminación; es la posición restringida, representada por la legislación Francesa, que limita los intereses a los deberes materiales.

(Campana Valderrama, , 2016, pág. 6), Al referirse al tema señalada “que, si bien contrae su accionar a los deberes alimentarios y al abandono material de la mujer embarazada o del menor, también comprende a todos los sujetos de la relación familiar: Cónyuge, hijos, ascendentes, descendientes, adoptados, adoptantes, tutor, curador”.

Artículo 149° del Código Penal sobre el Incumplimiento de obligación alimentaria

señala lo siguiente “el que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido

con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

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

Si resulta lesión grave o muerte y esta pudieran ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

1.2.2. Marco teórico

1.2.2.1. Antecedentes del Principio de Oportunidad

Antecedentes en la Legislación Peruana

(Melgarejo Barreto, 2006, págs. 37-40)“el derecho penal 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 si una forma de escritura

para que se pueda efectuar un análisis de su sistema penal, como si lo tuvieron otras culturas más adelantadas de su época; pero encontramos en muchas piezas de cerámicas, representaciones sobre el estudio de la sanción punitiva, tal es el caso de las culturas mochica o moche en la costa peruana y que se hace extensiva a otros grupos tribales existentes en la costa y sierra de territorio peruano.

En cambio sí se puede indicar algunos aspectos procesales, desde la época del incanato, por cuanto la información es variada y rica en contenido, lo que permite realizar una aproximación mucho más eficaz de su sistema jurídico penal; donde se notó en aquel tiempo el predominio del derecho penal sobre el civil, aunque en ambos casos se objetivizaba la voluntad del Estado, que actuaba en el segundo caso, como una entidad superior en medio de la disputa de dos litigantes que eran personas “privadas” con el fin de perseguir una reparación civil, mientras que el derecho penal, reemplaza eventualmente a uno de ellos -en este caso al agraviado- asumiendo la función de perseguir al delincuente para efectivizar una sanción penal, que en muchos casos iban más allá de la propia muerte, solo por creencias mágicas, como por ejemplo del “cada ver viviente” pues se violaban las tumbas de sus antepasados en persecución al reo.

El carácter intimidatorio de la penalidad en el Estado de los Incas, fue notoriamente rigurosa. Entre ellos, la pena de muerte con la decapitación, la hoguera, la incineración, el descuartizamiento, el emparedamiento,

el desempeñamiento, el flechamiento, el arrastramiento entre otros de severa crueldad, además, castigos corporales, penas privativas de libertad y el destierro.

La importancia atribuida a la tentativa, a las circunstancias atenuantes, al castigo de ciertos actos cuya realización no implicaba daño privado o era considerado de poca gravedad o insignificancia, podía funcionar con la aquiescencia y hasta con el agrado del agraviado, como en los casos de honra, con el corte de cabellos, la exposición a la vergüenza pública entre otros, o en su caso también se daba el perdón al delincuente -se podía decir, que era una forma de tratar de llegar a criterios de oportunidad libre-, porque a veces se toleraba la venganza privada, dejando el Estado la persecución del delincuente a iniciativa del agraviado.

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, la misma que constituía el “Imperio Incaico”. Los españoles trajeron e impusieron su Derecho, incorporando instituciones o costumbres, que beneficiaban solo a ellos. Posteriormente con los colonizadores, se dio “Leyes de Indias”, que en cierto modo, reconoció en algo los derechos de los nativos, dándose el Derecho penal en la *Republica*.

La conquista de los españoles impuso en nuestra legislación peruana, un sistema jurídico procesal penal “*inquisitivo*”, y al proclamarse la independencia en 1821, tampoco se produjo una revolución cultural coherente con la inspiración liberal, ya que al ponerse en vigencia el Código de 1863 se continuaba con el predominio inquisitivo. Fue con la puesta en vigencia del Código de 1920 que se cambió con un “modelo mixto”, posteriormente con el Código de 1940- aún vigente en algunos distritos judiciales-, se refuerza la idea del modelo “Mixto Inquisitivo” en que se divide el proceso penal ordinario en dos etapas: la instrucción y el juicio oral.

En sus 185 años de convulsionada vida republicana, el Perú ha puesto en vigencia tres Código de Procedimientos Penales (Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal de 1863; Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y Código de Procedimientos Penales de 1940), y dos Códigos Procesales Penales (CPP de 1991- que no entro en vigencia- y CPP 2004 – que se encuentra aún en *vacatio legis* casi en todo el resto del país, con excepción de los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad).

No existe pues, mucha información sobre la data exacta de los antecedentes del Principio de Oportunidad en nuestro ámbito penal peruano. No se encuentran establecidos en ninguna norma desde que se positivizaran las leyes en el Perú. Como vemos, sobre todo no se ha incluido en ninguno de nuestros antiguos

códigos referentes en materia procesal penal, como son: Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, ni en el Código de Procedimientos Penales de 1940 -que aún sigue rigiendo, en una parte en nuestro ámbito penal-.

Sin embargo, recién encontramos por primera vez, en el Código Procesal Penal de 1991 y ahora último en el nuevo Código Procesal territorio de la Republica-. Como precedente legislativo, a estos, se encuentra en los trabajos complementarios del Código Procesal Penal Modelo para Ibero América, elaborado principalmente por MAIER y que reproduce el texto del Proyecto del Código Procesal Penal de Argentina de 1986”.

1.2.2.1. La Aplicación en el Código Procesal Penal de 1991

(Sanchez Velarde, 2009, págs. 113-114)“El principio de oportunidad aparece en el código con el código procesal penal del año 91 y se ha mantenido en nuestra legislación en aplicación progresiva, pero también con algunas modificaciones interesadas que le han desnaturalizado. Se le ha considerado como una excepción al principio de legalidad, debido a la imposibilidad material del estado de perseguir y castiga todas las infracciones que se cometen. También se le considera como una respuesta político criminal del estado ante el agotamiento de posibilidades del sistema de justicia penal, en este

sentido, se procede a la selección de determinado delito de menor intensidad con la finalidad de poder buscar una solución consensuada al caso posibilitando el archivo del mismo, y de esa manera hacer que los fiscales y jueces dediquen su mayor esfuerzo al conocimiento y solución de los casos más graves.

El principio de oportunidad encuentra su fundamento en a) la escasa relevancia de la infracción penal; b) la ausencia de un interés público en la persecución del delito; c) se trata de una manifestación de prevención especial pues se le da al infractor la oportunidad de reparar el daño ocasionado; d) existe una razón político criminal del estado para posibilitar el archivo de los llamados delitos de bagatela; y e) permite al imputado archivar la investigación iniciada en su contra; y al agraviado el logro de pago de la reparación civil con prontitud.

La aplicación de este principio obedece primero, a una acción de oficio por el fiscal; segundo, a la petición que pueda hacer la persona imputada de un delito”.

Por lo antes mencionado diríamos que el Principio de Oportunidad se encuentra regulado con la finalidad que los procesos en tema de delitos leves se puedan procesar de manera más rápida y eficiente, lo cual permitiría a los magistrados poder tener mayor desarrollo en casos de más gravedad o complejidad,

los cuales necesiten de mayor desempeño y conocimiento.

1.2.2.2. El Código Procesal Penal del 2004

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, 2010) “con fecha 29 de Julio, mediante Decreto Legislativo N° 957 se promulga el nuevo Código Procesal Penal de 2004, que incluye nuevamente en su segundo “artículo” esta institución jurídica del principio de oportunidad- actualmente rige en nuestro ámbito penal peruano en forma parcializada-.

En el nuevo Código Procesal Penal de 2004 el principio de oportunidad no ha variado sustancialmente, aunque si se ha elaborado con mejor criterio (...).”

1.2.2.3. Legislación comparada de Peru

(Calderon Sumarriva, 2010, pág. 70)“.... Este principio alcanza un gran desarrollo en los principales Estados Europeos que instauran una política legislativa con notables criterios de aceleración del procedimiento, la misma que se proyecta en tres vertientes:

- a) Descriminalización y creación de nuevos procedimientos administrativos simplificados. Que consiste en la transformación de infracciones penales leves en ilícitos administrativos, basados en que estos

hechos tienen mínima lesividad social y son poco frecuentes.

b) Instauración del procedimiento penal monitorio, que es un proceso especial destinado al enjuiciamiento de las contravenciones penales o faltas, informado por el principio de la escritura y caracterizado por la inmediata creación de un título penal de ejecución, que en ningún caso ha de conllevar aparejado pena privativa de libertad y frente al cual se le confiere al imputado el derecho a aquietarse o a ejercitar su oposición mediante la instauración de contradictorio.

c) La potenciación del Principio de Oportunidad y de los Sistemas de "Transacción Procesal"

En Doctrina se distinguen dos modelos de aplicación de oportunidad:

a) El sistema Angloamericano. Este es el sistema propio de países anglosajones, como los Estados Unidos de América. 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.

b) El sistema Centroeuropeo. Tuvo su origen en Alemania e Italia, países en los que tradicionalmente se adopta el principio de legalidad en la persecución. Se considera que el principio de oportunidad es la excepción, permite que en algunos casos definidos

por la ley se prescinda de la persecución penal pública”.

Nuestro país adopta el sistema centroeuropeo que considera la aplicación del principio de oportunidad como excepción.

El precedente legislativo del artículo 2° del Código Procesal Penal se encuentra en los trabajos complementarios del artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamericano, elaborado principalmente por Maier y que reproduce el texto del Proyecto de Código Procesal Penal de Argentina de 1986”.

1.2.2.4. Legislación Comparada

1. Alemania

(Villarreal Palos, 2017) “Según el artículo 152 [2] de la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO), la Fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles (principio de legalidad), hasta “en tanto no estuviera determinado legalmente lo contrario”. Conforme a ello, se interpreta que el principio de oportunidad en Alemania “...se consagra como una excepción al principio de legalidad...”

Ahora bien de conformidad con las disposiciones contenidas en la StPO, el principio de oportunidad se aplica en los siguientes casos:

a) Delitos bagatela, de culpabilidad mínima o insignificantes, en los que no existe interés público en su persecución. Dice al respecto Tiedemann: “El § 153 StOP admite, en caso de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, prescindir de la persecución, si la culpabilidad del autor fuera ínfima y no existiera interés público en la persecución... Será por consiguiente decisivo si se trata de un autor primario, o si ha sido penado con anterioridad, o si el daño es leve. En principio, es necesaria una aprobación del tribunal para este archivo del proceso a causa de insignificancia. Según el § 153, apartado 1, frase 2ª StPO, no se requiere la aprobación del tribunal sólo en los casos de criminalidad pequeña contra propiedad y patrimonio. En suma, la posibilidad de archivo prevista en el § 153 StOP, según el poder discrecional del tribunal y fiscalía, afecta a los delitos-bagatela.

b. Delitos de gravedad media, con la imposición de medidas de reparación, según explica Tiedemann: “Una posibilidad más amplia de archivo del proceso, después del cumplimiento de condiciones o mandatos por el inculpado, queda abierta por el § 153a StOP. Presupone, al igual que el § 153 StOP, culpabilidad ínfima del autor. Contrariamente al contenido de esta última disposición, existe aquí, sin embargo, un interés público en la persecución penal. Pero si son apropiadas determinadas condiciones o mandatos –como por ejemplo de reparación del

daño o de pago de una cantidad a favor de una institución de utilidad pública o del Estado-, para eliminar el interés público en la persecución penal a causa sólo de culpabilidad ínfima, entonces puede prescindir provisionalmente la fiscalía, con la aprobación del inculpado, del ejercicio de la acción pública, y, al mismo tiempo, imponer al inculpado las correspondientes condiciones o mandatos, fijando un plazo. Si el inculpado las cumple, surge un impedimento procesal definitivo. Se produce, semejantemente a como una sentencia con efectos de cosa juzgada, el agotamiento de la acción penal... La regulación global del § 153a StOP se critica frecuentemente desde el punto de vista de que la justicia penal deviene con ello, hasta el campo de la criminalidad de gravedad media...”

c) Delitos cometidos, concebidos o penados en el extranjero. Conforme al numeral § 153c StOP, es posible que el Ministerio Público desestime la acusación cuando el hecho se haya ejecutado en el extranjero, se haya cometido en Alemania pero a través de una actividad ejercida fuera de ella - siempre y cuando ello fuera conveniente para el país- y cuando el acto ya fue penado en el extranjero.

d) Delitos contra el Estado. Los artículos § 153d y 153d StOP facultan a la Fiscalía para utilizar criterios de oportunidad, cuando la persecución de un delito contra el Estado puede poner en peligro la propia

seguridad nacional o cuando el autor haya contribuido a conjurar un peligro grave para la seguridad de la República.

e) Delitos competencia de la Corte Penal Internacional. De acuerdo con el artículo § 153f StOP la Fiscalía puede abstenerse de perseguir estos delitos cuando el inculpado no se encuentre en Alemania ni se espere tal presencia. Sin embargo, tratándose de inculpados alemanes, lo anterior solo procederá cuando el hecho sea efectivamente perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en donde fue cometido el hecho.

f) Colaboración con la justicia. Explica Tiedemann que la posibilidad de un archivo o de una no incoacción del proceso penal contra un testigo principal que se ha declarado conforme con testificar contra otros cómplices, se regula hasta la fecha solo en el § 31 de la Ley de Estupefacientes, “...según el cual el tribunal puede discrecionalmente atenuar la pena, o prescindir totalmente del castigo en caso de delito de estupefacientes castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, si el autor hubiera contribuido esencialmente, por medio de revelación voluntaria de su saber, a que el hecho sobre su propia contribución a los hechos pudiera ser descubierto”.

El Principio de Oportunidad tiene sus orígenes en este País a través de la “Ley Emminger” del 04 de Enero de 1924 –artículo 153- en virtud del

cual el Ministerio Público quedó facultado a abstenerse del ejercicio de la acción penal para satisfacción de determinados presupuestos como son: a) Reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) Cumplir determinadas obligaciones.

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, pág. 45)“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 solo con sus abogados sin requerir la presencia de un árbitro para realizar un acuerdo extrajudicial, si este fracasara, recién solicitan la presencia del Fiscal, quien también propone nuevas fórmulas de arreglo para evitar un proceso”.

2. Estados Unidos

(Villarreal Palos, 2017) “De manera particular, los Estados Unidos de América representan el uso más paradigmático del principio de oportunidad, denominado en inglés prosecutorial discretion y, junto con el plea bargaining o negociación sobre la declaración o estamento de cargos, constituye la base del sistema de persecución penal americano.

Bajo este sistema los fiscales gozan de una absoluta discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y pueden abstenerse de acusar aun cuando haya alta probabilidad de que el acusado cometió el delito y también pueden negociar con el su pena sin sujeción a limitaciones (plea bargaining).

Tal autoridad deriva fundamentalmente de la interpretación de la Suprema Corte estadounidense, en múltiples e importantes precedentes judiciales, según lo destaca Lara Beth Sheer, en un interesante y muy completo análisis sobre la materia.

Sheer analiza casi sesenta fallos de los cuales desprende que: “La Corte reconoce a los prosecutors una amplia discreción para iniciar una prosecución criminal, en parte debido a la doctrina de separación de poderes y en parte porque la decisión de perseguir no es particularmente concerniente a la revisión judicial. En ausencia de evidencia en contrario, la Corte presume que las persecuciones criminales son iniciadas de buena fe y de manera no discriminatoria. [Y que] tan pronto como un prosecutor tiene causa probable para creer que el acusado ha cometido una ofensa, la decisión de perseguir descansa en su discreción. [Asimismo, indica que] un prosecutor tiene amplia autoridad para decidir si investiga, otorga inmunidad o permite una negociación de cargos y para determinar si hace los cargos, que tipo cargos, cuando y donde hace los cargos”.

Entre el 75% y 90% de casos se resuelven bajo criterios de oportunidad. Mediante el denominado “Plan Bergaming” el inculpado se declara culpable, renunciando a que su caso sea visto en juicio e incluso a la posibilidad de que salga absuelto. El poder discrecional del Ministerio Público es muy amplio, no es regulado.

3. Italia.

(Villarreal Palos, 2017) “El Código Procesal Penal Italiano señala, en su artículo 50.2 que: “Cuando no sea necesaria la querrela, la petición, la instancia o la autorización, la acción penal se ejercerá de oficio”. Deducimos de ello la existencia del principio genérico de legalidad en la legislación italiana.

Una excepción hay, sin embargo, a dicho principio mediante el instituto del patteggiamento, que es el termino abreviado con el que se identifica la “applicazione della pena su richiesta delle parti” (literalmente la “aplicación de la pena a petición de parte”).

El patteggiamento se prevé en el artículo 444 del Código Adjetivo Italiano y consiste en una peculiar adaptación del plea bargaining, según el cual el inculpado y el Ministerio Público pueden pedir al Juez la aplicación de una sanción sustituta o de una pena pecuniaria, disminuida en un tercio, respecto de una pena prisión, cuando

esta, teniendo en cuenta las circunstancias y disminuida en un tercio, no supera los cinco años de prisión por sí sola o en conjunto con una pena pecuniaria. El patteggiamento no procede en los casos de delitos de prostitución de menores, producción y comercio de material pornográfico de menores, turismo sexual con menores, violencia sexual y cuando el acusado haya sido declarado delincuente habitual, profesional o por tendencia. En este último caso podría proceder el patteggiamento si la pena no supera los dos años de prisión.”

A fin de evitar el juzgamiento o concluir lo iniciado existe el proceso abreviado ó “patteggiamento” que se basa en el acuerdo realizado o el Ministerio Público y el Imputado sobre la posible pena siempre que existan circunstancias atenuantes que lo permitan y que la pena no sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad.

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, pág. 35)“Se tiene “EL PATTEGIAMENTO”, llamado “acuerdo entre las partes”, que se basa en la existencia de un acuerdo entre el imputado y el Ministro Publico sobre la forma y la pena- se busca evitar el juicio oral-; por lo que, a pedido del imputado con consentimiento del Ministerio Publico, el juez puede dictar sentencia, sin debate oral con la posibilidad de reducción de la pena a imponerse;

antes de ello debe el Magistrado, verificar la voluntad expresada en el petitorio o en el consenso a que se ha llegado, pudiendo disponer la comparecencia del imputado e incluso rechazar la solicitud, si las propuestas a que han llegado las partes no son correctas”.

4. Argentina.

(Mendaña, 2017) “Cuando se habla del principio de oportunidad se alude a *“la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”*.

Las excepciones a la obligación de perseguir el delito, por lo general, suelen justificarse en razones de índole utilitarista (*descongestionar el sistema judicial, optimizar recursos, procurar la punición de la criminalidad organizada, etc*); pero también en la necesidad de re-legitimar el sistema penal evitando las desigualdades en contra de los más vulnerables (*orientar la selectividad, reducir la aplicación de instrumentos de violencia estatal. Favorecer la reparación a la víctima*) en otros intereses”.

Se apertura un procedimiento de prueba que detiene la acción penal, cumplido el período de

prueba satisfactoriamente se declara extinguida la acción penal, para lo cual debe haber: 1) consentimiento de imputado; 2) reparación del daño, y 3) No haber cometido un delito anterior.

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, pág. 43)“La suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, quien se somete durante un plazo determinado a cumplir satisfactoriamente con ciertas obligaciones legales que le imparte el Tribunal; una vez cumplido, se declara extinguida la acción penal –esta suspensión del proceso a prueba, es algo similar con la reserva del fallo condenatorio que se aplica por nuestra legislación penal, pero al termino del proceso, per defiere del anterior porque este se aplica durante la instrucción-. 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”.

5. Colombia.

(FISCALIA - COLOMBIA, 2017, pág. 28) “La aplicación del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad. Por

tratarse de una decisión esencialmente reglada, la aplicación de dicho instituto está determinada por el cumplimiento de requisitos específicos, de acuerdo con las exigencias de cada casual.

El ordenamiento jurídico consagra 17 de Principio de Oportunidad. Cada casual tiene finalidad diferente frente al desarrollo del instrumento jurídico objeto de análisis, pues, a manera de ejemplo, algunas se centran en la indemnización integral a las víctimas de delitos menores; otras se orientan a evitar que se impongan penas desproporcionadas o innecesarias; otras a lograr la colaboración de personas incursoas en delitos en pro de la desarticulación de bandas, entre otras. El fiscal debe tener suficiente conocimiento de los presupuestos jurídicos de las diversas posibilidades de aplicación del Principio de Oportunidad, pues solo así podrá establecer si los mismos se cumplen frente a un caso concreto. Por ello, buena parte de este trabajo se orienta a mostrar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de cada una de las causales.

Desde esta perspectiva, el fiscal debe establecer si los hechos del caso se enmarcan en los presupuestos facticos de la casual que resulte aplicable. Por ejemplo, si se opta por la causal sexta, deberá tener claro que se trata de una conducta culposa, que el imputado sufrió un daño físico o moral grave que haga que la pena resulte desproporcionada o violatoria del principio de humanización, si se opta por la casual doce,

deberá establecerse cuales son los hechos que permiten concluir que el juicio de reproche de culpabilidad es de “*tan secundaria consideración*”, como podría ser el caso de las apremiantes circunstancias económicas que, a pesar de no constituir un estado de necesidad, incidieron en la realización de la conducta punible.

... Tal y como indica el artículo 250 de la Constitución Política y el Artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, las modalidades bajo las cuales se puede aplicar el Principio de Oportunidad son: suspensión, interrupción o renuncia.

La modalidad que decida el fiscal dependerá de la naturaleza de la causal. A manera de ejemplo, la causal séptima presupone, como regla general, la suspensión del procedimiento a prueba para verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado o acusado. En otros eventos, el fiscal podrá acudir directamente a la modalidad de renuncia, aspecto analizado en el acápite destinado al estudio de cada una de las causales.”

El Principio de Oportunidad no es una discriminación sobre la conveniencia o no de su aplicación, debido a que está regulado en el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 que modifica el artículo 38 del C.P.P., donde se señala los delitos que admite desistimiento. Aquí se denominan “conciliación” y es factible aplicar en: 1)

Indagación previa, previo acuerdo se expide resolución inhibitoria, 2) En Instrucción, luego de expedido el auto admisorio, pasado diez días siguientes debe realizarse la audiencia de conciliación, si prospera se expide la resolución de preclusión, 3) En el Juzgamiento; Hasta antes que quede ejecutoriado la sentencia definitiva. El reconocimiento del acuerdo se declara mediante “auto de casación de procedimiento” por tratarse de causal objetiva de extinción de la acción penal. La conciliación es sobre contenido estrictamente económico.

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, pág. 45) “Se encuentra establecido en el principio de oportunidad en el Art. 38° del Código de Procedimientos Penales de Colombia, en la que regula, para los delitos que admiten desistimiento y para aquellos que permiten la preclusión de la investigación por indemnización integral de perjuicios, la figura jurídica de la conciliación en busca de un acercamiento entre el autor del hecho y los perjudicados, que se reduce a un contenido estrictamente económico, restableciéndose el Derecho y la terminación del proceso para descongestionar los Despachos Judiciales”.

(Ruiz Perez, 2016) “indica que “A fin de que en nuestro País el Principio de Oportunidad tenga una aplicación más amplia a la que viene efectuándose en la actualidad, requiere la

realización de una reingeniería que permita a los operadores jurídicos y la comunidad en general tener una visión más amplia de lo que a la fecha puede existir y entender los reales alcances y bondades de esta institución procesal como es el Principio de Oportunidad”.

1.2.2.5 Definición del delito de Omisión a la Asistencia Familiar

(Peña Cabrera, págs. 438-439)“El abandono de familia representa una consecuencia del concepto civil de asistencia familiar, originado por la necesidad de la intervención estatal de garantizar el efectivo cumplimiento de los deberes familiares.

Es evidente que la discriminación surge cuando las instituciones sociales y de Derecho privado han fracasado en regular el comportamiento de los llamados a prestar, como alimentos, ciertas asistencias que emergen del núcleo familiar o cuasifamiliar y que aseguran el sustento del necesitado; por lo que, “en virtud del interés general y del rango del bien en peligro se impone la necesidad de la protección penal”.

Sin embargo, creemos, como muchos autores en la actualidad, que el derecho penal causa más daños que beneficios, porque salta a la vista que la intervención penal, desde el primer momento del proceso, hasta el último de la ejecución de la pena no contribuye a mejorar la posición económica de la familia, ni su unidad, ni su intimidad, ni nada de lo que ella

necesita. Al contrario, aumentara sus deudas sus divergencias, sus oídos.

Es obvio que el privado de libertad por acción sancionadora de la ley penal no puede prestar el auxilio requerido a quienes dependen de el; en este caso, “el remedio puede ser peor que la enfermedad” porque con la pena impuesta, por ejemplo, al padre, se estaría atenuando el desamparo de la prole.

Laje, citando a Merlio y Ohanian, expresan que el delito cuente es encarcelado, con lo cual toda su potencialidad económica queda de hecho anulada, de modo que no puede seguir satisfaciendo las necesidades del resto de la familia. De tal manera, que pretendiéndose castigar a alguien a quien la ley considera delincuente, se castiga a todo un sector de personas inocentes, las cuales quedan a merced de un absoluto desvalimiento.

En suma, la situación actual por la que atraviesa la sociedad, y en particular la nuestra, exige que se agote el concurso de las instituciones sociales y del ordenamiento civil positivo y no se incrimine, en forma taxativa, el abandono económico a que hace referencia el art. 149 del Código Penal, porque como acertadamente señala Beristain: “el Código penal no trata, o no debe tratar, en estos artículos de asegurar la existencia económica de los familiares, sino de asegurar la existencia de la familia”.

(Ore Guardia, 2016) señala sobre “El delito de Omisión de Asistencia Familia:

El art. 149° del Código Procesal Penal exige como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal que la obligación alimentaria haya sido establecida mediante resolución judicial firme. Asimismo, la jurisprudencia expresamente viene exigiendo que antes de proceder a la denuncia penal se acredite la notificación al procesado con el apercibimiento expreso de acudir a la vía penal en caso de incumplimiento, de modo tal que si el obligado alimentario no cumple con ejecutar su obligación en el plazo de tres días de notificado el apercibimiento, procederá la denuncia penal correspondiente”.

1.2.2.6. Definición del Incumplimiento de Obligación Alimentaria

(Ruiz Perez, 2016)“El Código Penal Vigente, en su artículo ciento cuarenta y nueve centra el injusto en el abandono económico y requiere de un derecho de alimentos reconocido judicialmente, vale decir, es un reclamo de naturaleza patrimonial.

El profesor Santiago Mir Puig, sostiene: “No todo bien jurídico requiere tutela penal”, sólo a partir de la concurrencia de suficiente importancia material y de necesidad de protección por el derecho penal, puede un determinado interés social, obtener la calificación de “bien Jurídico Penal”.

Otro autor dice: “Una de las objeciones más comunes a la tipificación del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar o llamado también Abandono Familiar, es su consideración como una mera criminología de deudas”.

(6) En el literal c) del artículo dos incisos veintidós de la

Constitución Política del Estado Peruano, señala “Que no hay prisión por deudas, lo que significaría. Nos dice el doctor Bramont Arias y otros, que supondría que el artículo ciento cuarenta y nueve del Código penal, resultaría inconstitucional”. Pero este planteamiento, es desbaratado por Bernal del Castillo Jesús en su obra “El Delito de Pago de Pensiones”, al sustentar que la criminalización de la Omisión a la Asistencia Familiar se da a partir de la presencia de un bien jurídico de gran relevancia, como es la familia, que debe ser protegido por el orden público, porque su asistencia familiar depende del pago alimentario por conceptos de alimentos, vestido, vivienda, salud, educación, capacitación para el trabajo, recreación, es decir, está relacionada con los elementos básicos de supervivencia y siendo la familia el elemento más trascendente del Estado, entonces existen fundamentos sólidos para desbaratar cualquier duda que exista sobre la intervención punitiva en la represión de tal conducta, más aún si el mismo artículo sexto del Texto Constitucional establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. En este sentido como lo hacen Bramont Arias / Bramont Arias Torres / García Contezano, que el “Bien jurídico que se protege es la Familia”. El delito de Omisión a la Asistencia Familiar tiene su idea “fundamental en la noción de seguridad de los integrantes de la familia”, de ahí que el delito que se comete, supone la infracción a los deberes de orden asistencial.

El comportamiento en el ilícito instruido consiste en omitir el cumplimiento de la obligación establecida por una Resolución Judicial. “Es decir, basta con dejar de cumplir la obligación para realizar el tipo y especialmente

los deberes de tipo asistencial”. 2.- En el Perú la posición adoptada a partir de la dación de la Ley 13906. Como dijimos, esta ley llamada también ley de abandono de familia del 24 de marzo de 1962, adopta desde aquella ocasión una posición ecléctica, ubicada entre la posición ampliada, cuyos exponentes fueron la legislación Española y la Italiana, al comprender los deberes que provenían de la familia, tanto materiales como morales, correspondiendo al ámbito susceptible de incriminación; es la posición restringida, representada por la legislación Francesa, que limita los intereses a los deberes materiales Campana Valderrama, al referirse al tema señala “Que si bien contrae su accionar a los deberes alimentarios y al abandono material de la mujer embarazada o del menor, también comprende a todos los sujetos de la relación familiar: Cónyuge, hijos, ascendentes, descendientes, adoptado, adoptantes, tutor, curador”.

(Enrique Figare, pág. 315)“El incumplimiento de los deberes de la asistencia familiar entra dentro de los tipos omisivos en los cuales el titular del bien jurídico protegido se encuentra en una situación de peligro, de modo que el legislador impone al obligado, por razones de solidaridad, cumplir con una conducta determinada y que frente a tal situación que genera el deber de actuar haya tenido posibilidad real y efectiva de cumplimentar con dicho mandato, con lo que se interrumpiría o modificaría un curso causado con el objetivo de disminuir el riesgo corrido por el sujeto pasivo”.

1.2.2.7. Características y caracteres del delito de incumplimiento de obligación alimentaria

1. Delito permanente y de peligro.

(Campana Valderrana, pág. 74)“En opinión de la Doctrina, el delito en cuestión es una infracción permanente y de peligro, ya que el sujeto pasivo o víctima no tiene la necesidad de probar que con la conducta omisiva del hechor que le haya causado algún perjuicio, pues con la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido se perfecciona el ilícito.

Reyes Echandía sentencia esta idea y dice: “la estructura del tipo, no exige pues que de la conducta omisiva se desprendan determinadas consecuencias para el sujeto pasivo...”. En este sentido se ha manifestado nuestra Corte Superior de Justicia, al resolver: “... se configura el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando el obligado a prestar alimentos (sujeto activo), de acuerdo a una resolución judicial deja de cumplir su obligación, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud de los alimentistas...”. Y, en otro fallo se expresa igualmente: “... prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psico-físico es un puesto en peligro, por lo que es un delito de omisión y de naturaleza permanente...”.”

a. Delito permanente

(Campana Valderrana, pág. 75)“Cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que

se las pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria en cada uno de sus momentos, entonces, todos los momentos de su duración pueden imputarse como de consumación.

Peña Cabrera dice que el delito es permanente por que la omisión de proporcionar los medios económicos se prolonga en el tiempo, manteniendo así una situación típica, antijurídica y culpable. En síntesis, la consumación del hecho punible se extiende y prolonga durante el tiempo total en el que la prestación alimenticia no se cumple.

Roy Freyre semejándose a Soler, sostiene que el delito es de carácter permanente cuando la acción antijurídica y su efecto necesario para la consumación del tipo delictivo puede mantener sin intervalo por la voluntad del agente, de tal manera que cada momento de su duración debe reputarse como una prórroga del estado de consumación.

El cumplimiento tardío-dice Ure-, hace cesar la permanencia, pero no obra como concluyente tratándose de delito permanente, en pleno jurisdicción penal de 1998, acordó: **Segundo:** Por unanimidad, declarar que solo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración esta puesta bajo la esfera de dominio de la gente.

Y, el mismo ente agrego: **Sexto:** Por treinta y uno votos contra trece que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes.

Al respecto, nuestra jurisprudencia nacional ha establecido: “ ...en los delitos de omisión de asistencia familiar, el bien jurídico es la familiar, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psi-físico es puesto en peligro, por lo que es un delito de omisión y naturaleza permanente, cuyo efecto duran mientras existan la situación de inasistencia, esto es, mientras el agente no cumpla con la obligación alimentaria, el delito subsiste”.”

b. Delito de peligro

(Campana Valderrana, pág. 77)nos dice que “en cuanto a que se trate de un delito de peligro recordemos que loa idea de peligro o peligrosidad es el fundamento de la responsabilidad penal; de modo que, no manifestando el peligro el autor de un hecho delictuoso, ningún objeto tiene la aplicación de sanción. **FLORIAN** resume el hecho y sostiene que “...la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal...”; así **SOLER**,

opina que se trata de un peligro concreto y que se perfecciona con la mera posibilidad de la lesión. De manera que, tratándose de un delito que lesiona los deberes de asistencia familiar, el bien jurídico se ve lesionado de forma jurídica, en forma indeterminada, por la violación de esta norma y de allí el carácter de “Abstracto” con la que adjetiviza el peligro. **LAJE** por su parte y coincidiendo determinadamente con **SOLER** señala que, para la opinión dominante se trata de un delito de peligro abstracto”.

2. El tipo omisivo doloso

(Campana Valderrana, pág. 78)“Recordemos con Castillo Dávila que, en la mayor parte de los tipos de nuestra legislación represora se presentan los hechos punibles, como conductas activas, pero estos también pueden ser producidos por el actor sin que solo un solo musculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o de una abstención.

Estos se deben a que el derecho penal no solo contiene normas prohibitivas, sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordena acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos, y es que existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indiciados.

Por lo antes mencionado (Campana Valderrana) concluye diciendo que la diferencia fundamental entre el delito comisivo y el omisivo está en la regla que rige en la verificación de la adecuación típica; así tendremos que, “...en el tipo doloso la tipicidad surge de la identificad de la conducta final realizada con la final descrita; en el tipo omisivo surge la diferencia entre la conducta final realizada y la conducta final descrita”.

3. Delito de omisión propia

(Campana Valderrana, pág. 79)“Parte de la doctrina sostiene que es un delito de omisión propia, porque el núcleo del tipo reside en el mero incumplimiento de ciertos deberes, aquellos de asistencia inherente a la patria potestad, la tutela o el matrimonio. Esta caracterización genérica no se destruye porque a tal incumplimiento acompaña o pueda llegar el sujeto activo mediante un hacer positivo, habida cuenta que, por sí mismo, no basta para que pueda considerarse realizada la conducta típica.

Ahora bien, dentro de la estructura del delito de la Omisión propia dolosa y los de omisión propia culposa”.

4. Delito de omisión impropia

(Campana Valderrana, pág. 81)“En el caso de la omisión impropia, la estructura del tipo de estos delitos, también coincide con la omisión propia; vale decir, se tendrá en este tipo de omisión impropia dolosa y omisión impropia culposa. En el caso de la omisión impropia dolosa, la situación típica será la producción de una lesión o de la puesta en peligro del bien jurídico, que en este caso son las relaciones de tipo asistencial; es decir entonces, el delito se comete cuando se omite prestar los deberes de asistencia a los que el sujeto activo está obligado; así, resulta una comisión por omisión. Para el caso de la omisión impropia culposa, del delito sub estudio no cabe considerar culpa cuando el agente de la conducta omisiva no reconoce su posición de garante del bien jurídico protegido, no pudiendo- entonces- consumarse el delito por este tipo.

En cuanto al resultado y a la imputación objetiva del delito de Omisión de Asistencia familiar, es por demás necesario apuntar que se da lugar a un delito impropio de omisión, vale decir, a una acción típica que resulte ser la infracción de un deber de evitar un resultado; así, el resultado será de un delito de comisión previsto penado en nuestra ley represora nacional”.

1.2.2.8. Sujeto dentro del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria

1. Sujeto activo. -

Del delito de omisión a la asistencia familiar es el agente que no cumple, siendo su deber jurídico cumplir la prestación económica, previamente establecida por resolución judicial en sede civil.

(Enrique Figari, pág. 297)“En el contexto de la ley, están perfectamente determinadas las personas que asumen el carácter de sujetos activos del ilícito que en algunos casos están estructuradas sobre un vínculo biológico o jurídico que contemplan una estrecha relación de vida o una determinada proximidad de hecho entre los componentes de la relación jurídico delictiva que la norma tiene en consideración a los fines de imponer el deber de actuar. Es algo así como una “posición de garante” típica de los delitos impropios de omisión o de comisión, solo que en este caso particular esa posición aludida está determinada en forma expresa en el tipo, en tanto que en los casos antes citados es el Juez quien debe evaluar la situación a los fines de lo que en doctrina se denomina “cerrar la tipicidad”. Es así que determinado concretamente el sujeto pasivo simplemente corresponde hacer una remisión al derecho civil a los fines de comprobar si aquel reviste el estado requerible por la norma penal”.

(Peña Cabrera, pág. 442)“Puede ser toda persona que tiene obligación de prestar alimentos:

- A) Ascendientes: miembro familiar en línea directa del cual desciende otro en este caso, puede ser el padre o la madre, natural o adoptante, con relación al hijo; y otro ascendiente como los abuelos con relación al nieto y que sean menores de edad, sometidos al ejercicio de la patria potestad.
- B) Descendientes: es el supuesto contrario al anterior.
Pudiendo serlo el hijo o nieto con relación a su ascendiente que se encuentre invalido o necesitado. Por igual, el hijo puede tener la condición de adoptado.
- C) cualquiera que ejerce, por mandato legal, una forma de independencia; como el tutor con relación al menor o el curador con el mayor declarado incapaz.
- D) El cónyuge con respecto al otro en estado de indigencia y no separado legalmente por su culpa”.

2. Sujeto pasivo. -

Es la persona quién sufre las consecuencias del ilícito penal de omisión a la asistencia familiar.

(Peña Cabrera, pág. 442)“Puede ser cualquiera de los que mencionamos al señalar a los agentes, es decir, el descendiente o hijo adoptivo menor de 18 años, el menor sujeto a tutela, al ascendiente o progenitor adoptante en estado de invalidez o necesidad, el mayor declarado incapaz, y el cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa”.

1.2.2.9. Bien jurídico protegido

(Enrique Figare, pág. 56)“El bien jurídico protegido es indiscutiblemente la familia, entendida esta como una institución de derecho natural plasmada en el ordenamiento positivo. (...) En el pacto de San José de Costa Rica, pues allí se establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”.

(MINJUS, 2016) Desde su incorporación como delito, se sostiene que detrás de la omisión de deberes alimenticios ordenados por resolución judicial firme, se halla un bien jurídico protegido constitucionalmente, la Familia (Art. 4 de la Constitución). Esta protección reforzada por el orden penal, sin embargo, no ha funcionado como incentivo para la mayor observancia de los deberes alimenticios por parte de los obligados”.

(Campana Valderrana, págs. 70-71)“Aun cuando con normalidad se piense y se sostenga que el bien jurídico protegido es la familia como ente abstracto, nosotros diremos que, no es este el bien jurídico tutelado por el dispositivo penal en comento, ya que, de acuerdo a la tipicidad objetiva, el bien jurídico protegido son los deberes legales de tipo asistencial; mas, si se tiene en cuenta que en muchos de los casos ésta (la familia), ya se encontraba resquebrajada o totalmente disuelta. Se tutela así los alimentos de hijos extramatrimoniales, los que no pasan a conformar una familia clásica.

En este sentido Bustos ha dicho que “... el acento esta puesto en la seguridad, pero como presupuesto de la libertad de la persona”. Así también se manifestó Carbonell, al afirmar: “el bien jurídico protegido por esta norma es la seguridad proveniente de la expectativa de cumplimiento por aquellos a quienes incumben los deberes asistenciales...”

En efecto, la ratio legis de tutelar este bien jurídico criminalmente, son los deberes de tipo asistencial que derivan de la patria potestad, del matrimonio o de un mandato legal que se tipifican cuando el alimentante u obligado omite dolosamente cumplir con sus deberes de asistencia, generalmente traducidos en metálico, que mantiene con determinados parientes. Esta obligación natural y legal comprende la satisfacción de requerimientos básicos de los alimentantes en su intento de supervivencia y desarrollo.

Entendiendo que los alimentos resultan los móviles irremplazables de subsistencia de vida, el precepto en cuestión limita taxativamente esto, refiriéndose a la satisfacción plena de aquellos. De no existir la seguridad aludida se pone en serio peligro y riesgo la vida o la integridad de la persona de quien se tutela el derecho, otorgando el Derecho Penal un sentido más estricto de lo que regulado en materia civil.

Así lo entienden también los españoles Rodríguez & Serrano, cuando afirman que “sustraerse a esos deberes asistenciales o no prestarles es lo que la ley considera como una falla de seguridad para el tercero a quien protege. Con lo que dicho está que, a partir de este mínimo de seguridad que implica la asistencia de otra persona, se da una graduación en los resultados que pueden llegar hasta el peligro de la vida...”

(Peña Cabrera, pág. 441)“la tutela jurídica se dirige no solo a la familia, noción que pertenece al Derecho civil y que en el caso penal se concreta a las relaciones de parentesco, sino que también incluye a todo aquel que se encuentra bajo otra forma de dependencia”.

(Peña Cabrera, pág. 440)“La familia es el bien jurídico tutelado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la familia no se protege en Derecho penal como un todo sino solo determinadas relaciones, sobre todo de tipo asistencial, que se dan en ella y en las que prevalecen más las ideas de seguridad que la propia concepción familiar.

De tal manera, que este quebrantamiento viene a constituirse en un delito contra la asistencia familiar, cuyo fin es garantizar la prestación de los recursos indispensables para satisfacer las necesidades vitales de todo aquel que se encuentra bajo el amparo o dependencia de otra persona obligada a cumplir con tales requerimientos.

La ley exige este incumplimiento este referido no solo a la falta de asistencia material o económica, sino también a la de carácter moral, como son las obligaciones de auxilio mutuo, educación, cuidado de la prole, etc. Existe por tanto, cierta coincidencia de diversos sectores doctrinales sobre el entendimiento de que el bien jurídico protegido en el tipo de abandono familiar, configurada como deber de cumplimiento de las obligaciones exigidas en los aspectos económicos y moral de la familia”.

Por lo antes mencionado indicaríamos entonces que el jurídico protegido es la familia, de igual forma la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres, ha señalado que (1998)“...en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, el bien Jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, prevaleciendo la seguridad de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, cuyo normal desarrollo psicofísico es puesto en peligro, por lo que es un delito de omisión y naturaleza permanente, cuyos efectos duran mientras exista la situación de

inasistencia, esto es, mientras el agente no cumple con la obligación alimentaria, el delito subsiste...”

1.2.2.10. Elementos constitutivos del delito de incumplimiento de obligación alimentaria

1. Tentativa

(Peña Cabrera, pág. 444)“este delito solo admite la posibilidad de dolo,

Pavon Vasconcelos señala con acierto que la existencia de este deber, para un sujeto en particular, hace imposible el delito, pues nada incumple si no tiene la obligación de hacer.

En consecuencia, el dolo implica el conocimiento por parte del agente de la existencia de tales obligaciones, cuyo cumplimiento está a su alcance y que la omisión ocasionaría un perjuicio al alimentista”

2. Consumación

(Peña Cabrera, pág. 444)“La naturaleza permanente del delito denota que la consumación se produce cuando el agente omite su obligación, continuando mientras dure el estado de ilicitud.

Por ser el ilícito de mera conducta y emisivo no cabe la tentativa, pues si la omisión se verifica, se tendrá delito consumado, y antes de esa omisión no hay motivo para el castigo.

En tal virtud, la lesión del bien jurídico no se produce de manera instantánea, consecuentemente la prescripción comienza a correr a partir de la cesación del estado de incumplimiento.”

“Respecto a la consumación del presente ilícito y atendiendo a la descripción a que se refiere nuestra legislación punitiva, se establece: “el que se omite cumplir su obligación de presentar...”, se hace referencia directa a la llamada “obligación”. Y es aquí donde se plantea el problema doctrinal de saber cuándo se consuma el delito.

La opinión resulta dual. Por un lado se sostiene que:

- a. El delito de omisión de asistencia familiar se consuma cuando el obligado deja de cumplir con el pago es decir con el cumplimiento de su obligación.
- b. Cuando se vence el plazo de requerimiento judicial bajo el apercibimiento expreso.

Nuestra corriente doctrinaria nacional, al respecto, se halla dividido tomando partido, siempre, de estas dos posiciones antes esgrimidas. Así, Peña Cabrera sostiene que la naturaleza permanente del delito denota que la consumación se produce cuando el agente omite su obligación, continuando mientras dure el estado de ilicitud.

Contraria es la posición de Bramont-Arias Torres & García Cantinazo cuando sostiene: “el delito se consuma en el momento de vencerse el en plazo de requerimiento q fuera formulado al sujeto activo, bajo apercibimiento , por resolución judicial, sin que hasta el momento hay cumplido con la obligación...”.

Similar parecer VILLA STEIN cuando afirma: (El Delito de Omision a la Asistencia Familiar, pág. 86)“ se consuma el delito cuando notificado el obligado omite la prestación alimentaria”.

3. Penalidad

(Peña Cabrera, pág. 444)“el agente. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de

servicio comunitaria de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.”

(Campana Valderrana, pág. 88)“Para el delito en sede y cuando se establece la responsabilidad del hechor, referida a esta al impago de las pensiones alimenticias. Se establece una pena preventiva no mayor de tres años y prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si se consumara la primera situación agravante que se bifurca en similar otra obligación en convivencia con otro personada o se renuncia o abandona maliciosamente el trabajado, la pena será privativa de libertad no mejor de uno ni mayor de cuatro años.

Y, si concurre la segunda circunstancia agravante; es decir, si a consecuencia del abandono resultare lesión grave en el sujeto pasivo, se impondrá a la agente con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro “

4. Agravantes

(Peña Cabrera, pág. 445)“existen dos circunstancias agravantes en el artículo 149 del Código Penal y son:

- i. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.
- ii. Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.
- iii. Por tanto, debe existir, necesariamente, una relación de causalidad entre el daño grave o la muerte con el incumplimiento de la prestación; caso contrario no constituirá ninguna de las agravantes en mención”.

1.2.2.11. Definición del principio de oportunidad

El principio de oportunidad fue introducido en el Código Penal de 1991 en su artículo 2°. Por este principio se establecen criterios de selectividad en la persecución penal. Es la contraparte del principio de legalidad procesal.

La ley determina los casos concretos en los cuales una persona es sometida a una pena o

viceversa, no es la decisión particular de los órganos de la persecución penal. Por el principio de oportunidad, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, se puede suspender la persecución penal o no iniciarla.

Es un ordenamiento procesal presidido por el principio de oportunidad, los órganos de persecución penal (Ministerio Público o la Policía) están expresamente autorizados, ante determinados delitos que no revistan esencial gravedad, a provocar el sobreseimiento, basados en razones como la escasa lesión social, la reparación del daño y la economía procesal.

El sobreseimiento puede ser "puro" o estar sometido al cumplimiento de determinadas condiciones por parte del imputado, tendentes a obtener su buena conducta futura (V.gr.: Sometimiento a *probation* a un determinado procedimiento de curación, a la realización de determinados trabajos sociales, etc.).

El principio de oportunidad es una facultad que asiste al titular de la acción penal para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible y la responsabilidad del autor.

La Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas (Vocal Titular de la Segunda Sala Penal- CSJ De

Lambayeque nos dice que (Benavides Vargas, 2016) “Diversas son las concepciones que definen el Principio de Oportunidad, pero en síntesis podemos decir que es la institución procesal que permite al representante del Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en nuestro ordenamiento procesal pena.”

(Melgarejo Barreto, Manual del Principio de Oportunidad, pág. 118) indica que el Principio de Oportunidad es “la facultad que tiene el Fiscal Provincial, bajo determinadas condiciones establecidas en la Ley, de abstenerse y continuar con el ejercicio de la acción penal pública; comprobando la existencia de suficientes elementos probatorios de la realidad del delito y se encuentre acreditado la vinculación del imputado en su comisión; debiendo además contar con la aceptación de este último, para su aplicación.”

JULIO MAIER, lo define como “la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, de la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o indefinidamente, condicional o incondicionalmente, por motivos de utilidad o razones políticas criminales”.

VON HIPPEL señala que “es aquel en atención al cual el fiscal debe ejercer la acción penal, con arreglo a su discrecional criterio, en uno de los determinados supuestos regulados legalmente”.

Para GIMENO SENDRA es “la facultad que el titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible”.

CLAUS ROXIN indica “es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito”.

(Melgarejo Barreto, Definición del Principio de Oportunidad, pág. 118) “El principio de oportunidad, como una institución jurídica extranjera ha sido admitido en nuestro ámbito procesal penal, debido al incremento del fenómeno delictivo de nuestros últimos tiempos, además de otros aspectos resaltantes del derecho penal moderno. Debiendo el fiscal, resolver en el tiempo más corto y oportuno todos los conflictos generados por escasa o mediana delincuencia,

para concentrar su atención sobre todo a delitos de suma gravedad.

Si bien es cierto este principio fue integrado en 1991, también es cierto que este, recién fue utilizado a partir de 1995, cuando la fiscalía de la nación, mediante Circular 006-95-MP-FN, estableció que los fiscales deberían utilizar estos criterios. Lamentablemente, se ha podido estadísticamente establecer que en la mayoría de las Fiscalías Provinciales Penales se utilizaron estos criterios escasamente e incluso en algunas Fiscalías Mixtas nunca aplicaron. Motivo por el cual la Fiscalía de la Nación en el año 2001, procedió implementar un plan piloto al crear fiscalías especializada para la aplicación del principio de oportunidad mediante Resolución N° 200-2001-CT-MP, que han centralizada su utilización solo en el ámbito de la Capital de la Republica.

Pese a tener más de una década en nuestra legislación procesal penal peruana, aun no es utilizado en gran escala como debe serlo, sino es aplicado muy limitadamente, que ni siquiera alcanza el uno por ciento de las denuncias o investigaciones que reúnen para ser utilizadas. Tal vez sea, porque no se verifican reflexivamente todos los presupuestos determinados en la norma penal adjetiva.

Considero que estos criterios deberían ser usados con mayor incidencia en forma obligatoria antes de ser formalizadas las denuncias a nivel Fiscal o judicial. Por lo cual los delitos deben ser tamizados por el nivel fiscal, sin tratar de limitarse solo al mínimo legal de pena privativa de libertad de dos años- Falta de Merecimiento de Pena-, sino también a la “falta de necesidad de pena” en delitos dolosos de mayor penalidad o a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del imputado, concurrentes de situaciones atenuantes (Mínima culpabilidad)”.

Artículo 2 del código procesal penal. -

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. 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.

3. 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 este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecho la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. 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.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo preparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189- A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos

culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo preparatorio. Si ambos convienen 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 promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3) del presente artículo.

7. 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 reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación

correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo preparatorio cuando el imputado:

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 preparatorio 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 preparatorio 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 preparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo preparatorio.

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal."

(Torres Caro, pág. 19) señala lo siguiente "es un postulado rector q se contrapone excepcionalmente al principio de legalidad procesal. corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal , titular de acción penal , decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la activad jurisdiccional penal , independientemente de estar ante a un hecho delictuoso con actor determinado, concluyéndola por acto distintos al de una sentencia y teniendo como sustento de su sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta desmerecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, el grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciara, y, así mismo promover bajo forma novedosa y premisas propia del

derecho conciliatorio que el derecho penal no solo llegue a sus destinatarios, si no que sea con mayor justicia para la víctima”.

(Diaz Honores, 2016), señala que el principio de oportunidad es “una institución conciliatoria del Derecho Penal Moderno que ofrece a las partes-agraviado e inculpado- la posibilidad de evitar verse involucradas en un proceso judicial penal engorroso y largo, con altos costos económicos como emocionales, al haberse acordado la reparación civil de un delito determinado en instancias jurisdiccional o extrajudicial”.

1.2.2.12. Presupuestos para la aplicación del principio de oportunidad:

a.- Agente afectado por el delito (Inciso 1° art.2°):

Es el caso del “infractor-víctima” o agente que resulta víctima del delito que cometió pudiendo ser doloso o culposo para aquellos de mediana y mínima lesividad social; determinando la falta de interés público de punición, no requiere

reparar el daño debido a que el autor ha sufrido una afectación grave sobre sus propios bienes jurídicos o su futuro entorno familiar.

b.- Mínima Gravedad del Delito (Inciso 2°):

Que los delitos “insignificantes” o denominados de bagatela cuya reprochabilidad es escasa y cuando el bien jurídico se protege es de menor relevancia pudiendo ser doloso o culposo, pero se requiere que la pena mínima no supere los 2 años de pena privativa de la libertad, no afecte gravemente el actuar público ni el agente sea funcionario público que genera en la comisión del hecho delictuoso en ejercicio de sus funciones; se fundamenta en políticas descriminalizadoras y efectivo instrumento procesal penal.

c.- Mínima Culpabilidad del Agente (Inciso 3°):

Está referida a la autoría o participación mínima del agente en la comisión del ilícito penal. La mínima culpabilidad del autor debe valorarse atendiendo los casos que la ley faculta disminución de pena por consideraciones personales del autor o el hecho que se investiga; no es procedente si el autor es funcionario público que delinquiró en ejercicio de su cargo.

(Diaz Honores, 2016)nos indica que se deben de tener en cuenta los siguientes presupuestos:

1. Reconocimiento de culpabilidad.- El denunciado o procesado por un delito debe de reconocer su intervención como sujeto activo en la comisión del delito. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de inocencia. Por ello, es necesario contar con el consentimiento del denunciado para la aplicación del principio de oportunidad, pues al no prestar su consentimiento este tiene todo el derecho de continuar un debido proceso a efectos de ejercer su defensa y demostrar su inocencia.

2. Acuerdo sobre la Reptación Civil.- Es necesario para que proceda la aplicación del principio de oportunidad que las partes hayan arribado a un acuerdo sobre la reparación civil de manera directa o con intervención de fiscal o juez. En caso que la reparación civil haya sido sometida a la asistencia del fiscal en la etapa de investigación o ante el Juez antes de la acusación y se produzcan situaciones de entrapamiento sobre cuál debería ser el monto de la reparación civil existe la posibilidad que lo fiscales o jueces en las audiencias de conciliación utilicen sesiones privadas con el inculpado o la víctima y sus respectivos asesores a efectos de que puedan actuar como agentes de la realidad y los ayuden a

procurar un acuerdo consensual bajo criterio objetivos y así evitar la imposición del monto por el tercero. Lo importante respecto a la reparación civil es que las partes estén conformes con el monto y no provoque, sobre todo en el agraviado, inconformidad con la administración de justicia.

1.2.2.13. Procedimiento para la aplicación del principio de oportunidad. -

(Calderon Sumarriva, 2010, pág. 67) Para aplicarse el principio de oportunidad se debe de cumplir ciertos procedimientos, algunos autores señalan que “es el principal presupuesto para la decisión del fiscal. El imputado deberá haber devuelto al afectado el bien sustraído, el dinero apropiado indebidamente o asumir los gastos de curación de las lesiones. La reparación del daño es un equivalente a la reparación civil que prevé el Código Penal que comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios.

El reglamento de aplicación del principio de Oportunidad (Resolución N° 200-2001-CT-MP) establece que el fiscal deberá fijar el plazo para la cancelación de la reparación del daño, dentro de los 15 días calendarios siguientes al acuerdo, y solo se podría autorizar el pago fraccionado, si la

reparación acordada excede las tres unidades impositivas tributarias, pero el plazo no podrá exceder de 6 meses.

La reparación del daño constituye un elemento condicionante de la decisión Fiscal, por lo que una vez acordaba no existe impedimento legal para que el Fiscal revoque el auto de abstención en el ejercicio de la acción penal y prevea la continuación del procedimiento en caso de incumplimiento del compromiso por parte del agente. De otro lado, creemos que el afectado por el compromiso incumplido podría tener igualmente expedito el camino para iniciar una acción judicial en la vía civil”.

Por lo antes mencionado diríamos que para darse el principio de oportunidad tendríamos que tener que restituir la afectación realizada, en nuestro caso la tratarse de un proceso de omisión a la asistencia familiar, el procesado tendría la obligación de cumplir con el pago total de la deuda que mantiene con demandante.

De igual se le da un plazo de 15 días calendario al fiscal para que pueda solicitar la cancelación de la deuda, en caso de darse una posibilidad de fracción la deuda esta solo ocurriría cuando el monto supere las tres 3 UIT y se tendría el plazo de 6 meses para su cancelación el total, el plazo no puede ser excedido de ninguna manera.

1.2.2.14. Ventajas de la aplicación del principio de oportunidad

La Aplicación del principio de oportunidad tiene ciertas ventajas puesto que nos facilita según señala (Torres Caro, pág. 17)“corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, postulando una mejor calidad de justicia , facultando al fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hecho delictuoso con actor determinado, concluyéndola por acto distinto a una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma”.

El principio de oportunidad nos permite o facilita tener una mejor calidad de justicia, permite al magistrado tomar una decisión de manera independiente de no dar inicio a una actividad jurisdiccional penal por lo cual el acto procesal no concluiría con una sentencia.

(Diaz Honores, 2016) indica que el principio de oportunidad genera beneficios y ventajas desde tres puntos de vista:

1. Desde el punto de vista de la Administración de Justicia.- la aplicación del principio de oportunidad permite disminuir la carga procesal de los despachos de los magistrados, atender

con mayor disposición los delitos de escasa relevancia social y lograr la paz social. De otro lado, al tratarse de delitos menores cuyas penas no superan los 4 años de pena privativa de libertad, no se producen penas efectivas y los procesos solo retardan la reparación pronta y oportuna de la reparación civil, lo cual se puede lograr con la aplicación de este principio de oportunidad.

2. Desde el punto de vista de la Víctima.- el principio de oportunidad permite que la víctima o los agraviados reciban una justa reparación civil y en un tiempo corto, ya que en caso de pago fraccionado el plazo no podrá exceder de 9 meses según el artículo 2 del Código Procesal Penal. Además permite que el derecho penal llegue a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.
3. Desde el punto de vista del agente: a través de la aplicación del principio de oportunidad el agente también se ve beneficiado, dependiendo del caso, en dos circunstancias:
 - Antes de promovida la acción penal.- el agente se beneficia con la abstención del fiscal de ejercer la acción Penal y, en consecuencia, no es posible que otro fiscal promueva la acción penal por una denuncia basada en los hechos y el mismo delito, una vez reparado el daño.

- Después de promovida la acción penal antes de la acusación fiscal.- el agente se beneficia con atención del fiscal de formular acusación y la abstención del juez de emitir sentencia, ya que el juez solo expedirá auto de sobreseimiento al existir acuerdo sobre reparación civil.

1.2.2.15. La finalidad que tiene la aplicación del principio de oportunidad

A. Descriminalización.-

(Benavides Vargas, 2016, pág. 4)“Frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el jus-puniendi suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.

B. Resarcimiento a la víctima.-

Se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.

C. Eficiencia del sistema.-

La aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobre poblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del País”.

El principio de oportunidad facilita o reduce la carga procesal a los magistrados, puesto que así se podría brindar mayor énfasis a los casos que tengan conductas delictivas graves

1.2.2.15. Estado de la cuestión (posiciones a favor y en contra de la aplicación del principio de oportunidad)

1.2.2.15.1. Autores que consideran que se debe de aplicar el principio de oportunidad

(MINJUS, MINJUS, 2017) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que

este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

1.2.2.15.2. Autores que consideran que no debe de aplicarse el Principio de oportunidad

(2016)“Considerando que la función primordial del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, las consecuencias de la renuncia a la acción penal en hechos punibles de mediana entidad supone un riesgo que se debe evitar precisamente en salvaguarda de aquellos bienes jurídicos, ya que su protección implica la convivencia en libertad. Despojar discrecionalmente de la protección jurídica a determinados bienes jurídicos (en delitos cuya pena es inferior a 2 años de prisión) solo por razones utilitaristas puede ser un remedio de graves consecuencias para el fortalecimiento institucional y, sobre todo, para la exclusión de la impunidad. Nuestra sociedad ha obtenido importantes logros en esa vía, pero es necesario afianzar y consolidar la vigencia de la Ley, no

puede quedar resquicio a la convicción de que la Ley se cumple. Es preciso, robustecer la confianza en las instituciones y los Poderes Públicos y fortalecer la confianza en la Justicia”.

1.3. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

1.3.1. Objetivos

1.3.1.1. Objetivos generales

Determinar la influencia que existe en los operadores de justicia el no motivar la aplicación del Principio de Oportunidad en la Etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria.

1.3.2.. Objetivos específicos

Examinar la Influencia que existe cuando el Fiscal no propuso de oficio el principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado.

1.3.2. Hipótesis

1.3.2.1 Hipótesis general

Los operadores de justicia no motivaron la aplicación del Principio de Oportunidad en la Etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria debido a que no cuentan con las facultades para poderlo aplicar.

1.3.2.2. Hipótesis específica

El Fiscal no propuso de oficio el principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado debido a la excesiva carga procesal.

II. MÉTODO

Los métodos de investigación son los siguientes:

Descriptivo – explicativo, porque se analiza los motivos por lo el estado no motivo la aplicación del principio de oportunidad en la etapa prejurisdiccional en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria a favor del imputado; es descriptivo porque relata en qué medida el fiscal no propuso de oficio al imputado la aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

Así también contiene la investigación el método histórico porque estudia pormenorizadamente todos los antecedentes, causas históricas, en que se dieron los acontecimientos y el desarrollo de determinado tipo de proceso.

2.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Tipo de investigación.-

El trabajo de investigación es de carácter APLICATIVO, porque necesita una descripción de los aspectos más importantes de los motivos por los cuales el imputado no motivo la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de enjuiciamiento en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.

Asimismo, se pretende Determinar la influencia que existe en los operadores de justicia al no motivo la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria

Es así que se realizarán alternativas de solución para ser aplicadas en el proceso penal peruano.

2.2.2 Diseño de investigación

El diseño en la verificación de la hipótesis está establecido por el siguiente esquema:

	O_x	M, es la muestra representativa.
M	r	O_x , observaciones de la Variable “x”.
	O_y ,	O_y , observaciones de las variables “y”
		r, nivel de correlación entre O_x y O_y

La hipótesis se comprobará utilizando el presente diseño de investigación, midiendo el nivel de correlación entre las variables “x” y “y”, así como obteniendo datos mediante uno o más instrumentos de medición y evaluando e interpretando los datos.

Finalmente, podremos saber cómo se puede comprobar la variable “y” en función de la variable “x”.

2.2. Variables. -

2.2.1. Variable independiente

Incumplimiento de la obligación alimentaria

Indicadores

Sentencia consentida en un proceso de alimentos

Requerimiento judicial de pago de la pensión de alimentos señalada en la sentencia.

2.2.2. Variable dependiente

El principio de oportunidad

Indicadores

Delitos cuya pena mínima establecida en el código penal es no mayor de 2 años

Que el agente haya sufrido graves consecuencias de su delito de mínima criminalidad

2.2.3. Variable independiente

Imputado

Indicadores. -

Imputado en la etapa prejurisdiccional

Imputado en la etapa judicial

2.2.4. Variable dependiente

Fiscal

Indicadores.-

Fiscal que promueve de oficio el principio de oportunidad

Fiscal que no promueve de oficio el principio de oportunidad

2.3. Población, muestra y muestreo

2.3.1. Población: La población materia de estudio se circunscribe a dos unidades de análisis siguientes:

- a. 40 Fiscales Provinciales en lo penal
- b. 40 Abogados, Demandados

100% : 80

Este estudio de investigación se realizó durante el año 2015 en la ciudad de Lima.

Muestra.-

Para determinar el tamaño de la muestra recurrimos a la ecuación para el cálculo muestral, veamos:

$$N = \frac{Z^2 \times (P \times Q \times N)}{E^2 \times (N-1) Z^2 \times P \times Q}$$

Donde:

Z: Desviación estándar según el nivel de confianza ($Z=1.96$)

E: Margen de error ($5\% = 0.05$)

P: Probabilidad de ocurrencia de los casos ($P= 0.5$)

Q: Probabilidad de no ocurrencia de los casos ($Q=0.05$)

N: Tamaño del Universo ($N=80$)

$N= 80$

La muestra serán 80 encuestas a Fiscales, abogados y demandados (ubicados en fiscalías y estudios jurídicos).

2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.4.1. Técnicas de investigación. -

Se han realizado las técnicas típicas para este tipo de investigación, como son:

- Encuesta:

Se encuentra en forma aleatoria, respetando los criterios metodológicos para determinar sus términos, y para ello se realizó a los procuradores públicos y funcionarios públicos mediante un cuestionario de preguntas.

- Entrevista:

En la presente investigación se procedió a entrevistar a los fiscales, abogados litigantes en materia penal y a personas que han sido procedas por el delito de Incumplimiento de Obligación Alimentaria, seleccionados del universo conforme a la muestra que se obtuvo, las preguntas fueron realizadas de manera verbal, a través de un cuestionario de preguntas previamente diseñado y teniendo en cuenta las variables de estudio.

- Documental:

Se realizó sobre la base de datos obtenidos en las fiscalías y estudios jurídicos.

- Fichaje de informacion doctrinaria.-

En la presente investigación se elaboraron fichas bibliográficas, para guardar información obtenida en las diversas obras consultadas para analizarlas, procesarlas e interpretarlas de acuerdo a los criterios metodológicos, así como otras herramientas que faciliten el almacenaje de toda información referente al tema de investigación y cuyo fin de guardar información obtenida de las diversas bibliográficas consultadas y estudiadas, para luego hacer un exhausto análisis, para darle una correcta interpretación.

2.4.2. Instrumentos de recolección de datos.-

- Encuestas

Se encuesta a los fiscales y abogados en las fiscalías y Estudios Jurídicos.

- Documental

Se revisó la base de datos e información obtenidos en las fiscalías y estudios jurídicos del periodo 2015- 2016.

2.4.3. Fuentes de recolección de datos. -

- Fichaje de información doctrinaria utilizando el sistema de APA, nota de pie de página.
- Entrevista personal a los procuradores públicos y funcionarios públicos.
- Entrevista a personas que hayan sido procesados por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria.
- Fichas bibliográficas.
- Internet
- Comentarios

2.5 TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS

Se realizó la técnica de procesamiento de datos, basado en la recolección de las encuestas a Fiscales Provinciales en lo Penal y Abogados especialista en tema penal, a su vez demandados por el delito Incumplimiento de Obligación Alimentaria, procesando dicha información, a través del sistema Computarizado SPSS 9.9.

En las pruebas estadísticas, se realizaron conforme se detalla, para lo cual se realizó la técnica de contrastación de hipótesis.

Para el análisis se utiliza las estadísticas descriptivas (cuadros, gráficos y porcentajes). Así mismo se utilizarán las medidas de tendencia central como: la medida aritmética, la mediana y la moda. Se utilizará el coeficiente de correlación de Pearson y prueba T de Studen con un nivel de confianza del 95% para determinar si existen diferencias significativas de las dimensiones e indicadores.

III. RESULTADOS

3.1 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

A continuación, veremos la estadística realizada para la contratación de las hipótesis.

3.1.1. Contrastación de hipótesis

La hipótesis general se ha contrastado y verificado en el porcentaje del 100%

H1 Los operadores de justicia no motivaron la aplicación del Principio de oportunidad en la Etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria debido a que no cuentan con las facultades para poder aplicarlo.

A continuación se mostrara en el cuadro N° 1 en la cual se puede apreciar que el los operadores de justicia no motivaron la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de enjuiciamiento debido a que no cuentan las facultades para poder aplicarlo.

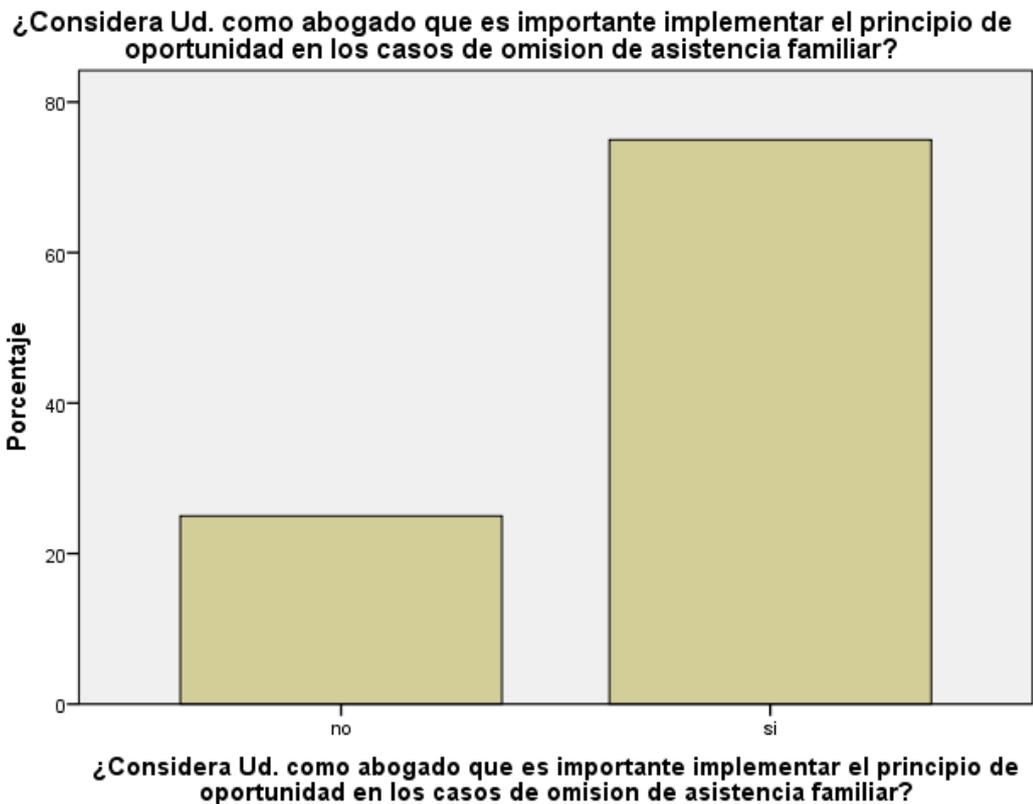
Por lo tanto, es necesario que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales puedan permitir o dar las facilidades a los operadores de justicia para que estos apliquen el principio de oportunidad en los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar.

De acuerdo a la información obtenida por las encuestas, podemos aceptar la hipótesis H1.

Obsévese el siguiente grafico N°:

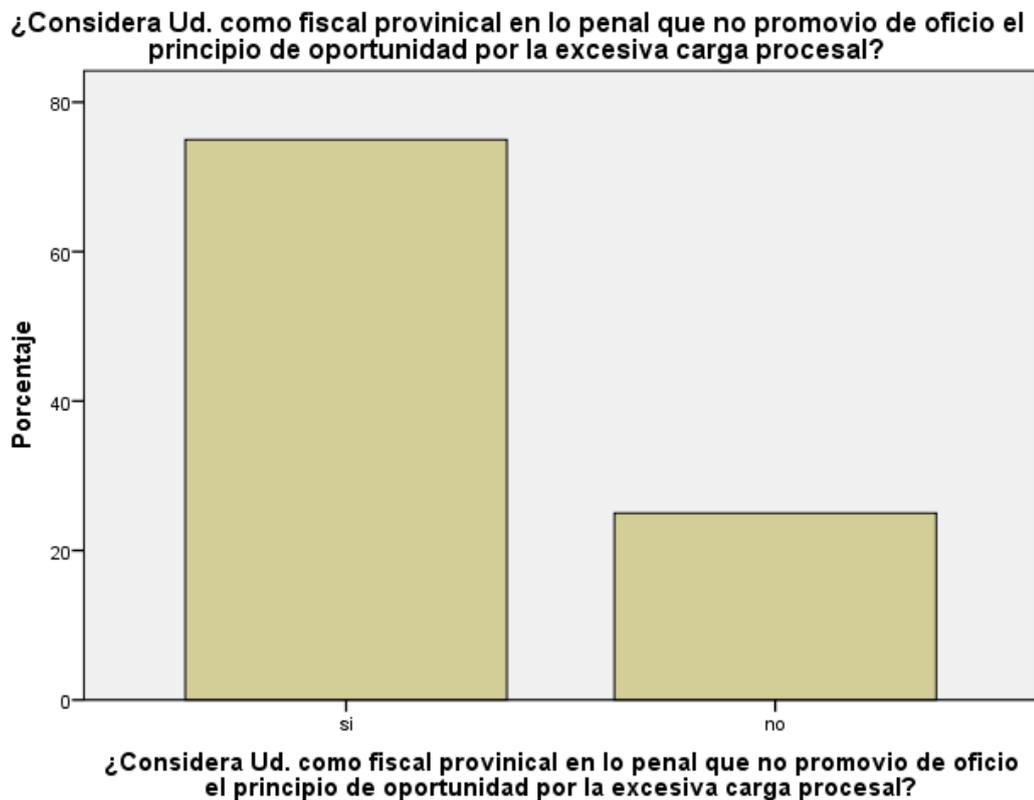
1. En el grafico N° 1: porque considera usted como abogado que es importantes implementar el principio de oportunidad en los casos de Omisión a la asistencia familiar:
 - a. 75.0 % de abogados respondieron que si es favorable la aplicación del principio de oportunidad y el 25.0 % indicaron que no es favorable la aplicación del principio de oportunidad.

Grafico N° 1



2. En el cuadro N° 1: porque Considera usted como Fiscal provincial en lo penal que no promovió de oficio el principio de oportunidad por la excesiva carga procesal
- a. 80.0 % de fiscales Provinciales en lo Penal respondieron que no promovieron de oficio el Principio de Oportunidad por la excesiva Carga Procesal y el 20.0 % señalaron que no se debió a la Excesiva Carga Porcesal.

Grafico N° 2



La hipótesis específica se ha contrastado y verificado en el porcentaje del 100 %

H2 El fiscal en la mayoría de casos no propuso de oficio el principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado debido a la excesiva carga procesal.

A continuación, se mostrará en el cuadro N° 2 en la cual se puede apreciar que el fiscal no propuso de manera de oficio la aplicación del principio de Oportunidad en el Delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria y causa perjuicio al imputado debido a la excesiva carga procesal.

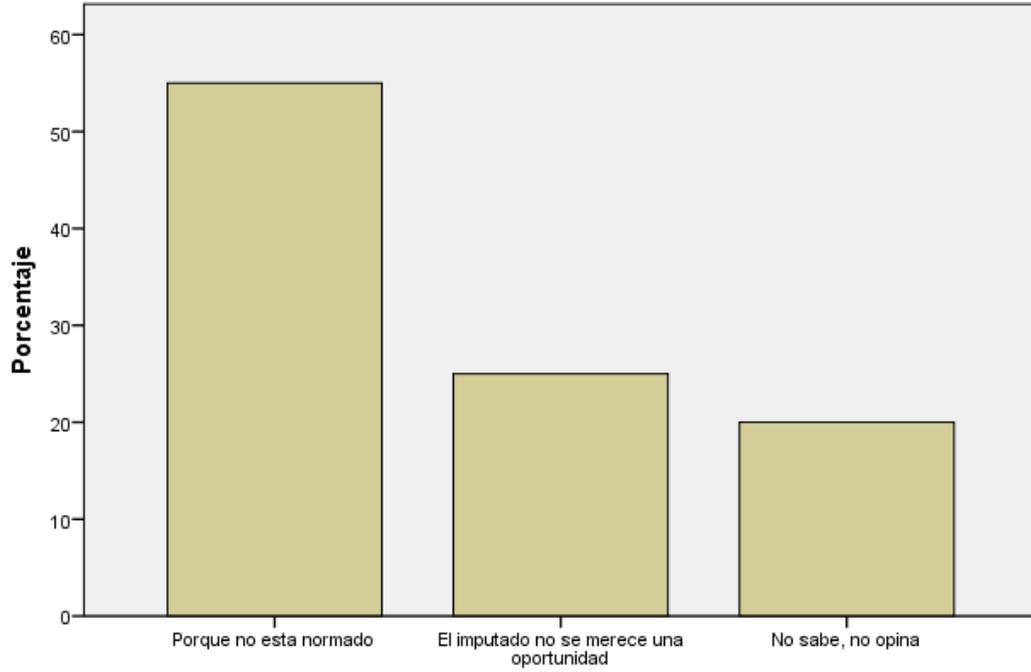
Por lo tanto, el estado, debe de garantizar a los procesados en Materia de Delito de Incumplimiento de la Obligación alimentaria un proceso justo y buscar la manera de obligar a los fiscales a interponer dicho principio, para que esta manera el imputado tenga un debido proceso.

Obsérvese el siguiente cuadro:

3. En el cuadro N° 3: Cuales cree usted que son las causas para que usted como fiscal no haya propuesto el principio de oportunidad en los delitos de omisión a la asistencia familiar.
 - a. El 55% indica que no Propuso el Principio de Oportunidad porque no se encuentra normado, el 25 % por que el imputado no se merece una oportunidad y el 20% No opina/ No sabe.

Grafico N° 3

¿Cuales son las causas para que Ud. como fiscal no haya propuesto el principio de oportunidad en los delitos de omision de asistencia familiar?

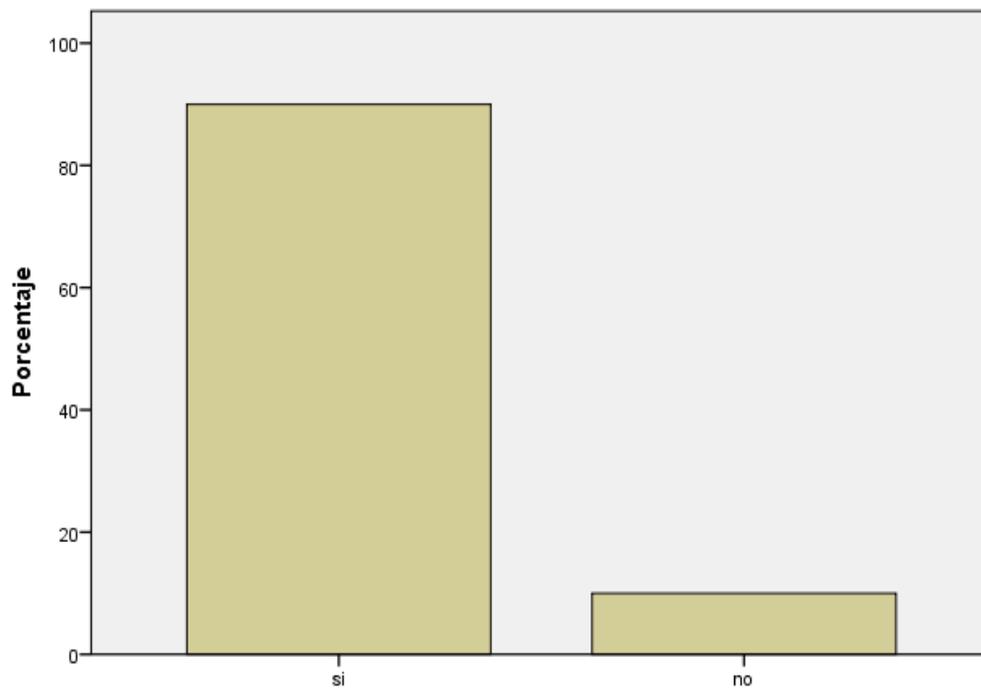


¿Cuales son las causas para que Ud. como fiscal no haya propuesto el principio de oportunidad en los delitos de omision de asistencia familiar?

4. En el cuadro N° 4: Usted como imputado considera que se le tiene que dar la oportunidad para poder resarcir el daño:
- a. El 45 % de los imputados indican que se le debe dar la oportunidad para resarcir el daño y el 5% señala que no se debe de dar ello.

Grafico N° 4

¿Ud. como imputado que se le tiene que dar la oportunidad para poder resarcir el daño causado?



¿Ud. como imputado que se le tiene que dar la oportunidad para poder resarcir el daño causado?

3.2 DISCUSIÓN

Como se puede apreciar y de acuerdo a las encuestas que se han realizado, indiscutiblemente ha quedado demostrado que en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria los jueces no aplicaron el principio de oportunidad.

El presente trabajo de investigación ha permitido que pueda corroborar que los magistrados no aplicaron el principio de oportunidad para los delitos de incumplimiento de la obligación alimentaria.

El derecho al debido proceso del demandado por el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria se está viendo vulnerado, puesto que al no aplicar el Principio de Oportunidad muchos de los procesados son privados de su libertad.

Por lo tanto el estado tiene que garantizar a los procesados un debido proceso y poner a su disposición y conocimiento todos los medios de defensa y de igual forma las facilidades del caso.

3.3 CONCLUSIONES

1. Concluimos señalando que en la actualidad la norma requiere de una reformación y que esta manera se permia a los operadores jurídicos y la comunidad en general pueda tener una visión más amplia de los que a la fecha puede existir o se puede entender.
2. He concluido que en pocos procesos se aplican el proceso de oportunidad, en muchos casos por falta del dinero del procesado o pero la mayor cantidad de las personas indicaron que no lo solicitan por desconocimiento de este principio.
3. De igual forma muchos magistrados por evitar la carga procesal prefieren no aplicar de oficio el principio de oportunidad.
4. El delito de incumplimiento de la obligación alimentaria es un problema que existe en todos los estatus sociales de nuestra sociedad, pero usualmente es más constante en los estatus socio económico menos favorecidos o con menos recursos.
5. El fiscal en la mayor cantidad de casos prefiere no proponer de oficio al imputado la aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria por la excesiva carga procesal, pero no se pone a pensar que de aplicarse este principio evitaríamos el caos que se viene suscitando por el tema de la falta de cárceles.
6. Por lo que se ha mencionado en el trabajo concluiríamos señalando que el principio de oportunidad se puede dar en los casos de una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando el imputado tiene una responsabilidad escasa, y es así que el fiscal, autor y victima pueden decidir si se lleva a cabo la apertura del proceso o se da por finalizado. Cabe indicar que se

tomara en cuenta los intereses reparatorios a la víctima, de esta manera se abre un espacio para el conceso en el ámbito penal.

6.4 RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado tome más interés e incluya a los magistrados el aplicar el principio de oportunidad para estos tipos de procesos.
2. Que se haga una modificación a las normas y de esta manera poder obligar a los abogados y fiscales aplicar el principio de oportunidad y de esta manera se pueda reducir la cantidad de procesados por este delito.
3. Los procesos actualmente por la sobrecarga procesal que existe en el Ministerio Público se hacen muy engorrosos y teniendo conocimiento que hoy en día en nuestro país tenemos demasiados una decadencia respecto a las cárceles, es necesarios que los fiscales provinciales en Penal apliquen el principio de oportunidad para los delitos de omisión a la asistencia procesal para que de esta manera se pueda solucionar en parte la crisis del sistema y poder promover los aspectos de la conciliación frente a los conflictos y se pueda llegar a una mejor solución del conflicto.
4. Antes de iniciar un proceso judicial siempre hay que tomar en cuenta los medios alternativos de solución de conflicto, y si se plantea el Principio de oportunidad es posible que el agredido pueda perdonar a su agraviado y de esta manera no tendría por qué ir preso y de igual forma podría cumplir con pasar la pensión por concepto de alimentos.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía documental

1. Código Procesal Penal del Perú de 1991.
2. Código Procesal Penal de 2004
3. Código Penal del Perú
4. La Ley 13906.
5. Luis Alberto Bramont Arias Torres, Maria Del Carmen Garcia Cantizano; “Manual de Derecho Penal”, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, Perú.
6. Raul Peña Cabrera, “Tratado de Derecho Penal, Parte especial”, Ediciones Jurídicas, Lima, Perú.
7. Flavio Garcia del Rios, “El Principio de Oportunidad”, ediciones Legales, Lima- Peru
8. Rubén Enrique Figare, “Casuística penal doctrina y jurisprudencia” editorial Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina.
9. Manuel Campana Valderrama, “El Delito de Omisión a la Asistencia Familiar”, Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega; Lima, Perú.

10. Pepe Melgarejo Barreto, “Manual del Principio de Oportunidad”, editorial Jurista, Lima, Perú.
11. Carlos Alberto Torres Caro “El Principio de Oportunidad”, Editorial Adelesa, Lima, Perú.
12. Raúl Valdez Roca, “Una alternativa para mejorar la justicia social- Principio de oportunidad”, Editorial Jurista, Lima, Perú.
13. Luis Miguel Reyna Alfaro “Delitos contra la Familia”, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
14. Código Civil Peruano. Año 1991: artículo 472. Lima. Perú.
15. Santiago Mir Puig, “Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho Penal” Editorial Ariel.
16. Luis Manuel Arias; “El Incumplimiento de Obligaciones Alimentarias desde el Derecho. Cuaderno Jurisprudencial.
17. Deivis Echeandia, (1984) “Teoria Gneral del Proceso”, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina
18. Dario Palacio Dextre y Ruth Monje Guillergua; “El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Peruano”, 2da. Edicion, Editorial, Lima, Peru.
19. Luis Bramot-Arias Torres, (2008), “Manual de Derecho Penal”, editorial EDDILI; Lima, Peru.

20. Pablo Sanchez Velarde, (2009), “El nuevo Proceso Penal”, Editorial IDEMSA, Lima, Peru.

21. Ana Calderon Sumarriva, (2010), “El ABC del Derecho Penal” Editorial Egacal, Lima, Peru

Fuentes electrónicas

22. “El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula.” Revisado en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/39f6de8046d4713da1aea144013c2be7/delito_omision_asistencia_familiar+C+4.+10.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=39f6de8046d4713da1aea144013c2be7. Revisado el 15 de Mayo del 2016.
23. Arsenio Ore Guardia “Manual Derecho Procesal Penal” http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/cuestion_previa.pdf, revisado el 12 de Mayo del 2016.
24. Disponible en “ El impacto del Delito de Omisión a la Asistencia Familiar en el Código Procesal penal”, <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/Boletin-003-MINJUS.pdf> , Revisado el 12 de Mayo del 2016.
25. Disponible en “protocolo de mecanismos de negociación y solución del conflicto penal” <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/4-Protocolos-de-Mecanismos-de-Negociaci%C3%B3n-y-Soluci%C3%B3n-del-Conflicto-Penal.pdf>, revisado el 02 de Enero del 2017.

ANEXOS

a. Matriz de consistencia

PROBLEMA/ OBJETIVOS/VARIABLES	DIMENSION UNIDAD DE ANALISIS	VARIABLES INDICADORES	ESCALA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Por qué motivo los operadores de justicia no motivo la aplicación del Principio de Oportunidad en la etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria?</p> <p>PROBLEMA SECUNDARIO: ¿En qué medida el Fiscal no propuso de oficio al imputado la aplicación del principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado?</p> <p>OBJETIVOS GENERALES : Determinar la influencia que existe en los operadores de justicia el no motivar la</p>	<p>Se circunscribe a dos unidades de análisis siguientes :</p> <p>a.- 40 operadores de justicia especializados en derecho penal.</p> <p>b.- 20 demandados por incumplimiento de la obligación alimentaria.</p> <p>c.- 20 abogados</p> <p>Total: 80</p> <p>Investigación realizada en Lima en el año 2016.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE: Incumplimiento de la obligación alimentaria</p> <p>INDICADORES: Sentencia consentida en un proceso de alimentos Requerimiento. Judicial de pago de la pensión de alimentos señalada en la sentencia.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE El principio de oportunidad.</p> <p>INDICADORES Delitos cuya pena mínima establecida en el código penal es no mayor de 2 años</p>	<p>NOMINAL</p>

<p>aplicación del Principio de Oportunidad en la Etapa del enjuiciamiento en el delito de Incumplimiento de la Obligación Alimentaria</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>Examinar la Influencia que existe cuando el Fiscal no propuso de oficio el principio de oportunidad en el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y causa perjuicio al imputado.</p>		<p>Que el agente haya sufrido graves consecuencias de su delito de mínima criminalidad.</p> <p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>Imputado</p> <p>INDICADORES.-</p> <p>Imputado en la etapa prejurisdiccional</p> <p>Imputado en la etapa judicial</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>Fiscal</p> <p>INDICADORES.-</p> <p>Fiscal que promueve de oficio el principio de oportunidad</p> <p>Fiscal que no promueve de oficio el principio de oportunidad.</p>	
--	--	--	--

INSTRUMENTOS

ENCUESTAS:

1. ¿Considera usted como abogado que es importante implementar el principio de oportunidad en los casos de Omisión a la asistencia familiar?

a.- Si

b.- No

2. ¿Considera usted como Fiscal provincial en lo penal que no promovió de oficio el principio de oportunidad por la excesiva carga procesal?

a.- Si

b.- No

3. ¿Cuáles son las causas para que usted como fiscal no haya propuesto el principio de oportunidad en los delitos de omisión a la asistencia familiar?

a. Porque no está normado **b.** El imputado no se merece una oportunidad
c. No sabe / No opina

4. ¿Usted como imputado considera que se le tiene que dar la oportunidad para poder resarcir el daño causado?

a.Si

b.No