

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**El dolo en los delitos de omisión
a la asistencia familiar**

Jose Miguel Arias Vásquez

Para optar el Título Profesional de
Abogado

Huancayo, 2020

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Ma. Lucio Raúl Amado Picon

Dedicatoria

A mi padre y a mi madre, por ser mis mayores ejemplos, por el apoyo perseverante e incondicional.

A mi abuelito Papa Pedro y a mi abuelita Mama Olimpia que están en el cielo, que son mis ángeles guardianes de la vida.

A mi familia, por ser el motor de mi vida.

Jose M.

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero agradecimiento a Dios y a mis padres, por otorgarme la oportunidad de estudiar la carrera de Derecho y así contribuir con la sociedad, especialmente con aquellos más necesitados.

A la Universidad Continental y sus catedráticos, por la verdadera educación interdisciplinaria impartida, por contribuir en el desarrollo de mi vocación y guiar mi camino, a fin de llegar a ser un excelente abogado.

Un reconocimiento especial a los operadores de la Corte Superior de Justicia de Junín, por su apoyo en la aplicación del instrumento de la investigación, ya que con dicha información logré contribuir en el obligatorio análisis que se debe realizar al dolo elemento subjetivo de la tipicidad del delito de omisión a la asistencia familiar para determinar la responsabilidad penal del acusado y legitimar las sentencias.

Agradezco al Dr. Lucio Amado Picon, por su inestimable ayuda y asesoramiento desde mis primeros inicios de esta investigación, sus aportaciones a esta tesis han sido de gran importancia, asimismo por transmitirme su experiencia.

Finalmente, agradezco a mi familia y a mi persona favorita por siempre impulsarme a ser mejor.

El autor

Presentación

Señores miembros del jurado, presento ante ustedes la tesis titulada “El dolo en los delitos de omisión a la asistencia familiar”, donde se analiza, cómo es que los jueces condenan por este delito, sin haber, previamente, analizado si en el caso concreto, el imputado actuó dolosamente, para de esa manera legitimar su condena conforme a lo parámetros de la teoría del delito, y en cumplimiento del Registro de Grados y Títulos de la Universidad Continental para obtener el Título Profesional de Abogado.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

José Miguel Arias Vásquez

RESUMEN

El presente trabajo de investigación partió de la interrogante: ¿Por qué los jueces de los juzgados penales liquidadores de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, no fundamentan en sus sentencias condenatorias el tema del dolo y su prueba, para condenar legítimamente?.

Se ha establecido como objetivo general el “determinar si los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar analizan adecuadamente el tema del dolo para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia, derivando así, la hipótesis general: los jueces penales, en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, no analizan adecuadamente, el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia. La investigación es de tipo socio jurídica, donde se ha usado una metodología hermenéutica.

Se arribó a la conclusión que efectivamente los señores jueces penales que resuelven estos procesos, condenan por este delito sin previamente analizar

adecuadamente el tema del dolo, y de esa manera concluir por la responsabilidad penal de un imputado para que su sentencia sea legitima.

Palabras clave: Dolo, omisión, asistencia familiar, sentencia, teoría del delito, tipicidad subjetiva.

ABSTRACT

This research work began with the question: Why did the judges of the Huancayo liquidating criminal courts of the Junín Superior Court of Justice not base the issue of fraud and its evidence in their convictions to legitimately convict? . The general objective has been established to “determine whether criminal judges in convictions for the crime of omission of family assistance adequately analyze the issue of fraud to conclude on the criminal responsibility of the accused and thereby legitimize their sentence, thus deriving, The general hypothesis: criminal judges in convictions for the crime of omission of family assistance, do not adequately analyze the issue of fraud, to conclude on the criminal responsibility of the accused and thus legitimize their sentence. The research is of a socio-legal type, where a hermeneutical method has been used.

It is concluded that the criminal judges who resolve these proceedings effectively condemn for analysing the issue of the dollar, and thus conclude by the criminal responsibility of an accused for his or her sentence being legitimised.

Key word: Fraud, omission, family assistance, judgment, crime theory, subjective typicality.

INTRODUCCIÓN

Uno de los delitos que tiene mayor incidencia en nuestro medio, es el delito de omisión a la asistencia familiar- incumplimiento de prestación de alimentos. Este delito se origina en un proceso previo de alimentos que se sigue ante un Juez de Paz Letrado que asume las funciones en la especialidad de familia, finalizado el proceso de alimentos, donde se declara fundada la demanda, se ordena el pago de una suma dineraria por concepto de alimentos a favor del alimentista. Ya en vía de ejecución de sentencia, cuando el obligado no cumple con su obligación alimentaria ordenada por el juez del proceso de alimentos (mandato judicial), se procede a realizar la correspondiente liquidación de los alimentos devengados, y se realiza una liquidación, la cual es puesta en conocimiento del obligado y se le requiere para que, en un

determinado plazo, cumpla con el pago bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para la denuncia penal correspondiente.

En caso que no cumpla con pagar dichos alimentos devengados, se remite copias al Ministerio Público, quien previo los trámites correspondientes, procede a formalizar la investigación preparatoria, por delitos de omisión a la asistencia familiar, tipificado en el artículo 149° del Código Penal, el que luego del correspondiente juzgamiento concluye generalmente con una sentencia condenatoria. Otro supuesto, es que se realice el proceso inmediato, donde también luego de la correspondiente audiencia de juzgamiento, concluye con una sentencia condenatoria.

Los que emiten la sentencia condenatoria, son los jueces penales, esto es, en el nuevo modelo procesal penal, el juez unipersonal. Que las sentencias por este delito cuando se acredita que el obligado no ha cumplido con pagar los alimentos devengados, es casi siempre condenatoria.

Conforme a lo establecido por el artículo 11° del Código Penal vigente, “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”. Esto es que solo se puede condenar por un delito que sea doloso o culposo.

El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito doloso. Esto es que el sujeto activo una vez que toma conocimiento (elemento cognoscitivo) de los alimentos devengados, cuando le notifican con el requerimiento de pago, no cumple con dicha obligación porque simplemente, no quiere cumplirlo (elemento volitivo). Por ello el dolo tiene dos elementos: el cognoscitivo y el volitivo. Esto se puede analizar, cuando se desarrolla las categorías del delito, específicamente en la tipicidad, porque el dolo es un elemento subjetivo del tipo penal.

Al emitirse una sentencia condenatoria por este delito, el juez penal, debe analizar, si la conducta del procesado es dolosa para poder condenarlo, sustentado en las pruebas que se han logrado actuar en el juzgamiento, solo así, el justiciable sabrá por qué lo están condenando. En las sentencias condenatorias de los juzgados penales liquidadores de Huancayo correspondientes al año 2017, no se advierte ningún análisis de este tema.

Respecto a los antecedentes, esto es, investigaciones previas se ha podido ubicar tres antecedentes nacionales y tres antecedentes internacionales, los cuales desarrollan en su investigación algunos temas vinculados al presente trabajo de investigación, de los cuales el más próximo es el que corresponde a Rivera quien realiza su trabajo de investigación a partir de un análisis de la teoría jurídica del delito de omisión a la asistencia familiar comparado con la jurisprudencia nacional.

Respecto a la metodología usada en el presente trabajo de investigación corresponde a un método hermenéutico, ya que se establece algún sentido o interpretación a las normas jurídicas, siendo judicial o jurisprudencial, asimismo es de tipo socio-jurídica porque realiza estudios de casos (sentencias condenatorias) por delito de omisión a la asistencia familiar.

Para el desarrollo de la presente investigación, esta, cuenta con cuatro capítulos; el primero contiene el planteamiento del problema consistente en la formulación del problema, los objetivos, la justificación, la hipótesis y la contribución. En el segundo capítulo se elabora el marco teórico, los antecedentes del problema y la definición conceptual. En el tercer capítulo se plantea la metodología y define los instrumentos y técnicas que servirán para la recolección de la información. Y finalmente en el cuarto capítulo se cruza y analiza la información, asimismo, se

realiza la discusión de resultados. Finalmente, la presente investigación concluye con las recomendaciones y las conclusiones, que son el aporte de la discusión de resultados del cuarto capítulo, asimismo se adjunta las referencias bibliográficas y los respectivos anexos.

En cada uno de estos capítulos se ha desarrollado los respectivos contenidos que aparecen descritos precedentemente.

Las limitaciones para desarrollar el presente trabajo de investigación han consistido básicamente en la dificultad de poder acceder a los expedientes judiciales de la Corte Superior de Justicia de Junín para poder seleccionar las sentencias condenatorias y extraer las copias respectivas para la muestra del presente trabajo de investigación.

ÍNDICE DE CUADROS ESTADÍSTICOS

CUADRO 01

DETALLE DE LOS EXPEDIENTE ANALIZADOS.....129

CUADRO 02

DETALLE DE EXPEDIENTES POR DEPENDENCIA.....130

CUADRO 03	
DETALLE POR FORMA DE PENA.....	131
CUADRO 04	
ANÁLISIS DEL DOLO COMO PLANTILA.....	133
CUADRO 05	
FUNDAMENTACIÓN POR REMISIÓN DE COPIAS.....	134
CUADRO 06	
NO MENCIONAN EL DOLO NI DEMÁS CATEGORÍAS DEL DELITO.....	136

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 01	
DETALLE DE EXPEDIENTES POR DEPENDENCIA.....	131
GRÁFICO 02	

POR LA FORMA DE PENA.....132

GRÁFICO 03

ANÁLISIS DEL DOLO COMO PLANTILLA.....134

GRÁFICO 04

REMISIÓN DE COPIAS.....135

GRÁFICO 05

NO MENCIONAN EL DOLO NI CATEGORÍAS DEL DELITO.....137

ÍNDICE

Portada

Asesor

Dedicatoria

Agradecimiento	
Presentación	
Resumen	
Abstract	
Introducción	viii
Índice de cuadros estadísticos.....	xi
Índice de gráficos.....	xii
Capítulo I	17
Planteamiento del estudio	17
1.1. Planteamiento y formulación del problema	7
1.1.1. Planteamiento del problema.	17
1.1.2. Formulación del problema.	20
1.1.2.1. Problema general.	20
1.1.2.2. Problemas específicos.	20
1.2. Objetivos	21
1.2.1. Objetivo general.	21
1.2.2. Problemas específicos.	21
1.3. Justificación	21
1.3.1. Teórica.	21
1.3.2. Metodológica.	22
1.3.3. Social.....	23
1.3.4. Práctica.	3
1.4. Hipótesis	4
1.4.1. Hipótesis general.	4
1.4.2. Hipótesis específicas.	4
1.5. Contribución	24
Capítulo II	5
Marco Teórico	5
2.1. Antecedentes del problema	5
2.2. Delito de omisión a la asistencia familiar	7

	15
2.2.1. Antecedentes.	27
2.2.2. Naturaleza jurídica.	8
2.2.3. Descripción típica.	30
2.2.4. Delito de peligro abstracto.....	31
2.2.5. Bien jurídico.....	32
2.2.6. Tipicidad objetiva.....	33
2.2.7. El Sujeto activo.....	36
2.2.8. El Sujeto pasivo.....	37
2.2.9. Resolución judicial.....	38
2.2.10. La capacidad económica del sujeto activo.....	39
2.2.11. Tipicidad subjetiva.....	46
2.2.12. Antijuridicidad.....	47
2.2.13. Culpabilidad.....	48
2.2.14. El proceso inmediato en el delito de omisión a la asistencia familiar.....	49
2.3. Antecedentes de las categorías del delito.....	52
2.3.1. Concepto de delito.....	54
2.3.2. Las categorías de la teoría del delito.....	54
2.3.3. La tipicidad.....	54
2.3.4. La antijuridicidad.....	55
2.3.5. La culpabilidad.....	56
2.3.6. El tipo penal.....	57
2.4. El dolo	58
2.4.1. Concepto.....	58
2.4.2. Elementos.....	59
2.4.2.1. Elemento cognoscitivo.....	60
2.4.2.2. Elemento volitivo.....	60
2.4.3. Clases de dolo.....	61
2.4.3.1. Dolo directo.....	61
2.4.3.2. Dolo indirecto.....	61

2.4.3.3.	Dolo eventual.....	61
2.4.3.4.	Discusión con la culpa consciente.....	63
2.4.4.	Los elementos adicionales al dolo.....	65
2.4.5.	El dolo en los delitos omisivos.....	66
2.4.5.1.	Concepto.....	66
2.4.5.2.	Naturaleza jurídica en la omisión.....	67
2.4.5.3.	Elementos.....	67
2.4.5.4.	El aspecto cognoscitivo en el dolo en los delitos de omisión.....	68
2.4.5.5.	La tipicidad en los delitos dolosos de omisión.....	70
2.4.5.5.1.	Tipicidad objetiva.....	70
2.4.5.5.2.	Tipicidad subjetiva.....	71
2.4.6.	El dolo desde la perspectiva normativa (probanza).....	71
2.4.6.1.	El concepto del dolo en la perspectiva psicológica y normativa en la doctrina.....	75
2.4.6.2.	La teoría del conocimiento.....	88
2.4.6.2.1.	¿Qué es el conocimiento?.....	88
2.4.6.2.2.	El conocimiento como proceso psicológico en el hombre.....	90
2.4.6.2.3.	El conocimiento en el proceso judicial.....	101
2.4.6.2.3.1.	Grados cognitivos.....	108
2.4.6.2.3.2.	Saber y creer en el proceso judicial.....	113
2.4.6.2.3.3.	La acreditación del dolo en el juicio oral.....	118
2.5.	Definición conceptual.....	122

Capítulo III

Metodología

3.1.	Variables de investigación	
3.2.	Nivel de investigación	5
3.3.	Tipo de investigación	5

	17
3.4. Diseño y esquema de investigación	5
3.5. Métodos de investigación.....	126
3.5.1. Método hermenéutico.....	126
3.5.2. Método general-teórico.....	126
3.5.3. Método histórico.....	126
3.6. Población y muestra	7
3.6.1. Población.	7
3.6.2. Muestra.	127
3.7. Tratamiento estadístico	7
3.7.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos...	127
Capitulo IV	129
Resultados y discusión de resultados	129
4.1. Resultados	129
4.2. Los datos obtenidos	29
4.2.1. Detalle de los expedientes.....	129
4.2.2. Análisis de los expedientes.	8
Conclusiones	74
Recomendaciones	75
Bibliografía	76
Anexos	80
Anexo 1 A	81
Anexo 1 B	83
Anexo 1 C	84
Anexo 1 D	85
Anexo 1 E	86

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1 Planteamiento y formulación del problema

1.1.1. Planteamiento del problema

Uno de los delitos que tiene mayor incidencia en nuestro medio, es el delito de omisión a la asistencia familiar **■** incumplimiento de prestación de alimentos. Este delito se origina en un proceso previo de alimentos que se sigue ante un juez de paz letrado que asume las funciones en la especialidad de familia. Finalizado el proceso de alimentos, donde se declara fundada la demanda, se ordena el pago de una suma

dineraria por concepto de alimentos en favor del alimentista. Ya en vía de ejecución de sentencia, cuando el obligado no cumple con su obligación alimentaria ordenada por el juez del proceso de alimentos (mandato judicial), se procede a realizar la correspondiente liquidación de los alimentos devengados, y se realiza una liquidación, la cual es puesta en conocimiento del obligado y se le requiere para que, en un determinado plazo, cumpla con el pago, bajo apercibimiento de remitirse copias al Ministerio Público para la denuncia penal correspondiente. En caso que no cumpla con pagar dichos alimentos devengados, se remite copias al Ministerio Público, quien previo trámite correspondiente, procede a formalizar la investigación preparatoria, por delitos de omisión a la asistencia familiar, tipificado por el artículo 149° del Código Penal, el que luego del correspondiente juzgamiento concluye generalmente con una sentencia condenatoria.

Los que emiten las sentencias condenatorias, son los jueces penales, esto es en el nuevo modelo procesal penal. Que las sentencias por este delito cuando se acredita que el obligado no ha cumplido con pagar los alimentos devengados, es casi siempre condenatoria.

Conforme a lo establecido por el artículo 11° del Código Penal vigente, “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”. Esto es que solo se puede condenar por un delito que sea doloso o culposo. El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito doloso. Esto es que el sujeto activo una vez que toma conocimiento (elemento cognoscitivo) de los alimentos devengados, no cumple con dicha obligación porque simplemente, no quiere cumplirlo (elemento volitivo). Por ello el dolo tiene dos elementos el cognoscitivo y el volitivo. Y esto se puede analizar,

cuando se desarrolla las categorías del delito, específicamente en la tipicidad, porque el dolo es un elemento subjetivo del tipo penal.

Al emitirse una sentencia condenatoria por este delito, el juez penal debe analizar si la conducta del procesado es dolosa para poder condenarlo, sustentado en las pruebas que se han logrado actuar en el juzgamiento, solo así, el justiciable sabrá por qué lo están condenando. En las sentencias condenatorias de los juzgados penales liquidadores de Huancayo correspondientes al año 2017, no se advierte ningún análisis de este tema.

Se ha observado, que los jueces penales, cuando dictan una sentencia condenatoria por este delito, lo hacen en base a plantillas respecto a otros casos, que ya resolvió, por consiguiente, no se preocupa por analizar en el caso concreto, si el acusado, al momento de ser notificado con el requerimiento para que pague los alimentos devengados, estaba o no en la capacidad de hacerlo.

Esto es importante, debido a que, se trata de un delito de omisión, y que solo se puede cometer en forma dolosa, es decir, que el sujeto activo comete este delito cuando tiene conocimiento de los alimentos devengados como su obligación, y pese a ese conocimiento no quiere y no cumple con el pago de los mismos, es decir, omite su obligación alimentaria.

Distinto es el caso, de quién, al momento de ser notificado con el requerimiento, no cumple con esta obligación por otro tipo de motivaciones, como podría ser el caso, de que este en la imposibilidad de cumplir con esa obligación, porque en ese momento no tiene dinero y no tiene la forma de conseguirlo, pese a que tiene la intención de pagar. Esto podría darse en el caso, que este desempleado o esté enfermo y no pueda

trabajar. En estos casos, ha tomado conocimiento del requerimiento (elemento cognoscitivo) pero no ha tenido la voluntad de omitir dicho cumplimiento (no hay el elemento volitivo). Por lo que se evidencia un caso donde el sujeto activo no ha actuado dolosamente. Que, si fuera este el caso, se podría concluir que al no actuar dolosamente, su conducta no sería típica por la falta de este elemento subjetivo del tipo penal y, por consiguiente, no sería delito.

Que, si se dicta una condena en este caso, resulta obvio, que la misma sería ilegítima porque se estaría condenando por un hecho no delictivo, como consecuencia de no analizar adecuadamente la teoría del delito.

Que no es suficiente, que el juez en su sentencia analice, que existe una obligación alimentaria, una liquidación, un requerimiento y la remisión de copias a la fiscalía, para concluir con la responsabilidad penal del imputado, pues de ser así, resultaría absurdo todo el proceso penal, y con los actos de investigación del Ministerio Público, emitir una condena, lo cual también resulta siendo un absurdo.

Por tanto, se formula el problema de la investigación de la siguiente manera ¿Por qué los jueces de los juzgados penales liquidadores de Huancayo, de la Corte Superior de Justicia de Junín, no fundamentan en sus sentencias condenatorias, el tema del dolo y su prueba, para condenar legítimamente?

1.1.2 Formulación del problema

1.1.1.1 Problema general

¿Por qué los jueces de los juzgados penales liquidadores de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, no fundamentan en sus sentencias condenatorias, el tema del dolo y su prueba, para condenar legítimamente?

1.1.1.2 Problemas específicos

- ¿Por qué los jueces penales no fundamentan adecuadamente el dolo, basados en la teoría del delito, específicamente las categorías del delito y sus elementos en las sentencias condenatorias?
- ¿Por qué los jueces penales no fundamentan adecuadamente el dolo, y solo se remiten a las copias del proceso de alimentos para concluir que el delito ya está consumado?

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general:

Determinar si los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, analizan adecuadamente, el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia.

1.2.2 Objetivos específicos:

- Determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, por parte de los jueces penales, se debe al desconocimiento de la teoría del delito, específicamente las categorías del delito y sus elementos.
- Determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, es porque consideran que, con la sola remisión de las copias, el delito ya está consumado.

1.3 Justificación

1.3.1 Teórica:

La presente investigación se realiza porque se ha llegado a determinar que los jueces especializados en lo penal al momento de emitir sus sentencias condenatorias, no desarrollan, ni analizan el tema de teoría del delito, específicamente el tema del dolo. El delito de omisión a la asistencia familiar es un delito omisivo doloso, por lo que es necesario desarrollar, sus dos elementos que son: el cognoscitivo y el volitivo, para poder concluir que efectivamente se dan estos elementos y de esa forma pasar a analizar la antijuridicidad, luego la culpabilidad y concluir válidamente con la configuración del delito y la responsabilidad penal del acusado por este delito, de tal manera que la sentencia sea legítima y esté debidamente justificada en cuanto a la condena que se ha impuesto. Este tema es importante debido a que los jueces penales que conocen de estos casos, por el simple hecho que en el proceso civil de alimentos ya existió un requerimiento válido y con ello ya “suponen” que el delito ha quedado consumado. Conclusión no válida, porque si fuere así, no tendría ya sentido el proceso penal. En un proceso penal se investiga dentro de la etapa de investigación preliminar a cargo del fiscal, luego en una etapa de juicio oral se emite una resolución judicial en relación al conocimiento y la voluntad de omitir su obligación alimentaria del procesado y solo ante la existencia de medios de prueba con los que se concluya que dolosamente está incumpliendo esta obligación, se le puede condenar válidamente.

Sobre este tema en específico no se ha encontrado trabajos de investigación, por lo que va a ser importante analizar si estas sentencias condenatorias están debidamente justificadas, tanto teórica como dogmáticamente, de tal forma que el justiciable pueda entender con facilidad por qué le están condenando por este delito, lo cual significará un avance en el tema de transparencia en las decisiones judiciales en la ciudad de Huancayo.

1.3.2 Metodológica

Esta investigación permitió conocer las deficiencias en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar que no tienen justificado el tema del dolo para arribar a la conclusión sobre la responsabilidad penal del procesado y por consiguiente ser una sentencia legítima, lo cual significó una contribución para mejorar las sentencias por parte de los jueces en lo penal.

1.3.3 Social

De esta manera los beneficiarios de la presente investigación no solo serán los señores jueces en lo penal que conocen estos casos, sino, especialmente la sociedad en su conjunto, puesto que es una sentencia bien motivada, donde se desarrolla el tema del dolo, para concluir con la responsabilidad del procesado por delito de omisión a la asistencia familiar, sepa por qué ha sido condenado y esto reconfortó el tema de seguridad jurídica, para la población en general. Que, ante este tema, la sociedad en su conjunto, va a tener una mejor concepción de la administración de justicia especializada en lo penal, que no solo tiene como función proteger a la víctima sino,

además, que se cumpla con el debido proceso, a fin de evitar vulneraciones a derechos fundamentales de los procesados.

1.3.4 Práctica

La investigación propuesta ayuda a reflexionar a los operadores jurídicos del ordenamiento jurídico peruano, toda vez que deben realizar un análisis correspondiente del dolo de acuerdo a cada caso en concreto ya que se está dentro de un proceso penal y debe primar su naturaleza respetándose sus principios fundamentales.

1.4. Hipótesis

1.4.1 Hipótesis general

Los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, no analizan adecuadamente, el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia.

1.4.2. Hipótesis específicas

- La falta de fundamentación del dolo, en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar por parte de los jueces penales, es porque desconocen la teoría del delito, específicamente las categorías del delito y sus elementos.
- La falta de fundamentación del dolo, en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, es porque consideran que, con la sola remisión de las copias, el delito ya está consumado.

1.5. Contribución

La presente investigación contribuye a verificar si están analizando adecuadamente el elemento de la tipicidad subjetiva el dolo en el delito de omisión a la asistencia familiar. Por otra parte, la presente tesis realiza un estudio con base a resultados arrojados en la discusión y análisis de resultados, concluyendo que en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar no están analizando adecuadamente el dolo cuando concluyen por la responsabilidad penal del acusado.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes del problema

Domínguez (2018) desarrolla una investigación en su tesis que lleva por título “El delito de omisión a la asistencia familiar: crítica desde la teoría jurídica y la jurisprudencia”, donde ha concluido que el sistema jurídico penal protege al bien jurídico, corresponde al Estado y la sociedad armonizar la vocación de la ley penal en su contexto social, buscando como resultado que la pena fijada cumpla sus fines, entre otros preventivo. De moto tal que se reduzca la incidencia del delito de omisión a la asistencia familiar.

Monago (2015) desarrolla una investigación en su tesis que lleva por título “Delito de incumplimiento de obligación alimentaria y la carga procesal en la segunda fiscalía provincial penal corporativa de Huánuco 2014-2015” donde ha concluido que la carga procesal de la fiscalía se viene incrementando, porque no se utiliza adecuadamente los mecanismos procesales como el principio de oportunidad y la conclusión anticipada. Toda vez que menos del cincuenta por ciento de los casos por este delito, no se someten al principio de oportunidad y por consiguiente el resto del porcentaje incrementa la carga procesal aunada a ello, el ingreso de casos nuevos.

Carhuayano (2017), desarrolla una tesis que lleva por título “El delito de incumplimiento de la obligación alimentaria y su influencia en la aplicación del principio de oportunidad”, en la que arriba a las siguientes conclusiones: que el principio de oportunidad no se aplica por varias razones, entre ellas porque el obligado alimentista carece de medios económicos para reparar el daño que comprendería pagar los alimentos devengados y por otro lado, porque los justiciables desconocen de esta institución procesal penal, por lo que los jueces de oficio deberían de convocar a la aplicación del principio de oportunidad para que se disminuya no solo su carga procesal, sino además de evite llenar las cárceles de más presos por estos delitos.

Cubillo (2017), desarrolla una investigación relacionada al tema de la obligación alimentaria, a través de su tesis “Mecanismos para el pago

forzoso de la obligación alimentaria, análisis y parámetros de comparecencia entre Costa Rica y algunos países de Latino América” en la que concluye que los métodos coercitivos para lograr el pago de los alimentos pueden clasificarse en tres: 1) Mecanismos directos de pago, 2) Mecanismos de garantía y 3) Mecanismos compulsivos. Los primeros pueden ser la retención de los haberes del obligado; el segundo puede ser la anotación preventiva de la demanda, y el tercero es el apremio corporal, es decir privar de la libertad ambulatoria al obligado a los alimentos cuando este incumple con su obligación alimentaria.

Zota (2016) en una tesis de la universidad Nacional de Colombia, para optar el título de magíster en estudios de género, “Inasistencia alimentaria, una aproximación desde la justicia interseccional”, concluye que el tema de género tiene que ver con aspectos de inasistencia de alimentos para las mujeres lo que se conoce como la feminización de la pobreza.

Cossio (2015) en una tesis para optar el título de abogado, desarrolla el tema “La vía penal y los procedimientos del Módulo Básico de Justicia de Jauja para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria”, dentro de sus conclusiones dice que el proceso de omisión a la asistencia familiar como proceso penal, tiene por finalidad imponer una sanción penal, y esto dificulta el pago de los alimentos, por lo que es perjudicial para el alimentista, y debería de establecerse otros mecanismos para garantizar el cumplimiento de los alimentos devengados, porque el

proceso penal tiene como finalidad hacer pagar los alimentos y no es la forma como se emplea para hacer pagar dichos alimentos.

2.2. Delito de misión a la asistencia familiar

2.2.1. Antecedentes

La Constitución Política del Perú tiene como fin principal la tutela de persona humana, la misma que tutela los derechos individuales y colectivos, entre ellos tiene la obligación de velar por las personas que son más vulnerables tales como los niños, las mujeres y los ancianos, en este sentido el Estado protege a la familia que tiene el deber de velar por sus hijos. Con respecto a este concepto, ya no solo existe la tradicional familia denominada nuclear, el Estado reconoce diferentes tipos de familia y les ha dado protección legal regulada en su determinada normativa. Asimismo, los organismos internacionales tutelan a la familia como tal. Es por ello, que surge el proceso de alimentos en materia civil el cual tiene como fin, velar por la subsistencia de los menores que comprende: necesidades básicas como alimentación, vestimenta, educación. Por otro lado, se puede observar que cuando se emitían las sentencias de alimentos, surgió el problema que los demandados no cumplían con pagar las pensiones, pese a ya existir una sentencia la cual ordenaba que el demandado cumpla con pagar las pensiones alimenticias en favor de sus menores hijos. Ante esta problemática, surgió en el ámbito penal el delito de omisión a la asistencia familiar, el cual tiene como principio fundamental la última ratio que consiste en que el derecho penal interviene como la última instancia para tutelar estos bienes jurídicos del menor asistencial. Asimismo, este delito cuenta con una estructura, la cual se analizará detalladamente en los siguientes párrafos.

2.2.2. Naturaleza jurídica

La familia como institución jurídica está regulada en la Constitución Política, la misma que más que un concepto jurídico, tiene un concepto sociológico. Asimismo, existen 2 tipos de familias, en relación al número de integrantes: a) La nuclear, que es la familia tradicional constituida por el papá, mamá e hijos; b) La extensa, constituida por más miembros de la familia como los abuelos, tíos, primos, etc. Si bien es cierto, la Constitución Política regula el deber de los padres, los cuales deben velar por el bienestar de sus hijos, esto en la realidad de nuestra sociedad no siempre se da, puesto que si bien es cierto los padres tienen la obligación de satisfacer todas las necesidades básicas de sus hijos, no siempre pueden cumplir con este deber, por diversos factores que deberán ser analizados dentro un proceso penal como parte de la descripción típica del tipo penal de omisión a la asistencia familiar en cada caso en concreto.

El Estado tiene la obligación de cubrir estas necesidades de forma subsidiaria, es decir, en caso la familia o los padres de estos menores no puedan o no tengan con qué cumplir esta obligación, es deber del Estado velar por estos menores y brindarle todos los servicios básicos para un desarrollo óptimo de los mismos.

En este delito de omisión de asistencia familiar, el bien jurídico genérico tutelado es la familia, mientras que el bien jurídico específico:

Es el incumplimiento del deber de asistencia, auxilio o socorro que tienen los componentes de una familia entre sí, en especial aquellos que suponen los requerimientos económicos que sirvan para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de determinados miembros de la familia. (Salinas , 2018, pág. 589)

Por otro lado, cabe hacer mención que la naturaleza de este delito permite hacer una observación, puesto que en el Perú no existe prisión por deudas. Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional ha determinado que el incumplimiento de los deberes alimentarios supone una regla a la proscripción de la prisión por deudas, puesto que, en tales casos están de por medio los derechos a la vida, salud y la integridad del alimentista. Este es el faro que ha de guiar para la toma de decisiones jurisdiccionales en cuanto a la libertad del imputado.

Asimismo, el delito de omisión a la asistencia familiar, surge a partir de la necesidad de tutelar los bienes jurídicos de los alimentistas, previamente derivado de un proceso civil de alimentos. Tal como ya se ha señalado, el derecho a la educación, vivienda y vestimenta, son derechos fundamentales que en primer lugar están tutelados por el derecho internacional, ya sea a través de sus organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de ahí están tutelados por nuestra Constitución Política, y por último dentro de todas las normativas internas. En ese sentido, el derecho penal fundamentado en su principio rector de “ultima ratio” decidió intervenir y crear un tipo penal denominado omisión a la asistencia familiar, justamente para tutelar estos bienes jurídicos que son presuntamente vulnerados. Ésta es una naturaleza que tiene un fin dualista proteger los bienes jurídicos y hacer efectivo su principio de última ratio para intervenir como derecho penal.

2.2.3. Descripción típica

El tipo penal es “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho en una norma penal (...)”, (Muñoz, 1999), por lo tanto, todo

delito esta materializado en un tipo penal, el mismo se encuentra en este caso, en nuestro código penal.

Dentro del ordenamiento jurídico, el delito de omisión a la asistencia familiar, se ubica en la “Parte Especial-delitos” del Código Penal peruano, dentro de los “Delitos contra la Familia”, en el libro II, título III, capítulo II, específicamente en el artículo 149 ° del código penal que señala: “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, 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 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”.

En el presente trabajo nos centraremos en la conducta básica por lo que se exige: a) Que existe una resolución judicial que ordene el pago de los alimentos, b) El obligado omita el cumplimiento de la resolución judicial y c) Que exista dolo en dicho incumplimiento. En la práctica no existen problemas con los primeros criterios, lo interesante se centra en el tercer criterio que forma parte del elemento subjetivo de este tipo penal, la Corte Suprema ha dado algunos alcances señalados en su sentencia.

Si bien es cierto que los depósitos glosados, evidencian que el acusado ha amortizado las pensiones que estaban con posterioridad al requerimiento judicial (...)

también lo es, que dicha circunstancia denota que el agente en todo momento ha mostrado la voluntad de cumplir con el mandato judicial, lo que de ninguna manera interpretarse como dolosa, teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en la conducta incriminada al acusado, no concurre como elemento subjetivo del tipo, el cual es el dolo, consecuentemente es atípica. (Salinas , 2018, pág. 28)

En ese sentido se considera que es necesario evaluar cada caso en específico, analizar el elemento subjetivo del dolo que es de trascendental importancia, tema el que se irá a profundidad más adelante.

2.2.4. Delito de peligro abstracto

“Los delitos de peligro abstracto requieren únicamente la peligrosidad general de la conducta sin que sea necesario que, en el caso concreto, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido”. (Mezger, s.f.)

El delito de peligro abstracto, a diferencia de peligro concreto, no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa. El peligro así visto, aparecería como la ratio que ha motivado al legislado para incriminar la conducta. (Hurtado, Derecho Penal Parte General, pág. 785)

“(…) siendo esto así, la omisión de prestación de alimentos es un delito de peligro abstracto, toda vez que no solo es innecesario la existencia de un resultado lesivo para su consumación, sino porque a diferencia de los ilícitos penales antes mencionados, la omisión de prestar alimentos implica el peligro de un

resultado lesivo no inminente en su mayoría (...). (Quilla & Zavaleta, 2015)

2.2.5 Bien jurídico

La Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios de Reos libres, en la sentencia del 27 de setiembre del año 2000, Expediente N° 2612-2000, señala: “El comportamiento punible en esta clase de ilícitos es el de omitir la observancia de la prelación de alimentos ordenada por resolución judicial, teniendo en consideración que el bien jurídico protegido es la familia y, específicamente los deberes de tipo asistencial, como obligación de los padres con sus descendientes, de acuerdo a lo previsto en el Código de Niños y Adolescentes (...). (Rojas, 2002, pág. 484)

De la presente sentencia, se infiere que el bien jurídico general tutelado en este tipo penal es la familia, y como bien jurídico tutelado específico son los derechos de tipo asistencial.

“No cabe duda que la familia tiene una categoría jurídica y suficiente y bien puede ser considerada válidamente como bien jurídico tutelado por el derecho penal”. (Caimmi & Desimone, 1997, pág. 54)

En cambio, Baigún (1974):

Sostiene que la institución familia no debería ser el bien jurídico tutelado por esta figura penal porque ella no es sujeto de derecho, para él, el bien jurídico tutelado es el derecho de asistencia que pertenece a una de las instancias de

la organización familiar y ese derecho refleja intereses variados y pluridimensionales. (pág. 287)

El tipo penal del art. 149 del CP tendría como objeto de protección la integridad y bienestar de la familia, cuando el sujeto obligado no satisface por entero las necesidades más elementales de sus miembros, en otras palabras, el deber de asistencia familiar. (Peña R. , 2011, pág. 448)

2.2.6. Tipicidad objetiva

Para Salinas(2018), el delito de omisión de prestación de alimentos se configura cuando:

El agente dolosamente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecidos previamente en una resolución judicial como pensión alimenticia, después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos. Esto es, realizan el hecho típico aquellas personas que teniendo conocimiento que por resolución judicial consentida tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia a favor de otra, omite hacerlo. El legislador, al elaborar el tipo penal ha utilizado el término “resolución” para dar a entender que comprender tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que se fija en el inicio del proceso o inmediatamente de iniciado, en favor del beneficiario (...).

Para Quilla & Zavaleta(2015):

Un delito de omisión propia que, si bien es cierto, atenta contra la obligación de asistir alimentos a uno o más miembros de una familia (cónyuge,

ascendientes, hermano), no es menos cierto, que solo se configurará como tal cuando el sujeto activo, en su calidad de alimentante, omite dolosamente en cumplir dicha obligación impuesta mediante una resolución judicial, la misma que debe o debería ser siempre una sentencia consentida y/o ejecutoriada, a favor del sujeto pasivo, quien cumpla la calidad de alimentista y quien podría ser cualquier de los citados miembros de la familia, gran parte de ella o incluso todos (...). (pág. 159)

Para Mendoza(2019):

El delito de omisión a la asistencia familiar, como todo delito de omisión propia, exige configurar una concreta situación típica, pues solo en su seno se determina si la omisión contraría un mandato concreto. La configuración de una determinada situación típica es presupuesto del comportamiento omisivo, es en ese contexto situacional que la omisión adquiere sentido. Por tanto, los elementos del tipo se interpretan de cara a la configuración de la situación típica.

Dos son los componentes configuradores de la situación típica: i) el mandato judicial; y ii) la capacidad del obligado con el mandato. Estos dos elementos son las estructuras normativas sobre cuya base se construye la imputación concreta, por tanto, deben ser materializados con proposiciones fácticas que configuren objetivamente la situación típica. Solo en el seno de una situación típica adquiere sentido la imputación de: iii) la omisión alimentaria, contraria al mandato concreto. Si no existe mandato judicial válido, o el sujeto activo no puede cumplir con la prestación alimentaria por

imposibilidad económica, entonces no realiza el tipo objetivo. (págs. 123-124)

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 2-2016/CIJ-116 destaca los elementos del tipo para efectos de la configuración de la imputación en los delitos de omisión a la asistencia familiar; así en el f. j. n° 15 enuncia como elemento del tipo: i) la previa decisión judicial del imputado, ii) la entidad del monto mensual de la pensión, y iii) el objetivo incumplimiento del pago previo apercibimiento; pero expresa como elemento esencial a iv) la “posibilidad de actuar”, como elemento del tipo objetivo; señala que lo que se pena no es el “no poder cumplir” sino el “no querer cumplir”. Distinta es la posición del juez supremo Salas(2016), pues de sus razones se desprende que el:

“No poder” es un problema del tipo subjetivo. Si el sujeto activo no puede cumplir con la prestación alimentaria, no es un problema de tipicidad subjetiva, sino un problema de configuración de la situación objetiva. Una cosa es “no poder” y otra “no querer”; “no poder” es problema objetivo, “no querer” es problema subjetivo. (pág. 79)

Al respecto, de los elementos objetivos de tipicidad del delito de omisión a la asistencia familiar, se ha pronunciado la Corte Superior de Justicia de Arequipa, específicamente la Tercera Sala Penal de Apelaciones, en el expediente N° 0070-2017-58-0401-SP-PE-03, en el fundamento tercero:

1.1 Base Jurídica: El tipo penal de omisión a la asistencia familiar previsto en el art. 149 del CP, exige para su configuración los elementos típicos siguientes:

- i) Sujeto activo, que corresponde a la persona que se ve obligada al pago de una pensión de alimentos;
- ii) Sujeto pasivo, la persona que tiene el derecho a que se le asista con la pensión de alimentos;
- iii) Una resolución que requiere el pago alimentario, que nominalmente corresponde a la resolución mediante la que se requiere el pago de un monto liquidado;
- iv) La capacidad económica del sujeto activo;
- v) El comportamiento omisivo que se traduce en el incumplimiento de la obligación alimentaria fijada en la resolución. Finalmente, el sujeto debe obrar con dolo para la realización de los elementos del tipo objetivo, esto es que conozca que está incumpliendo con la resolución que lo vincula con el pago alimentario. (Arequipa, Tercera sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia De Arequipa, 2017)

2.2.7. El sujeto activo

Dentro del tipo penal de omisión a la asistencia familiar regulado en el artículo 149° del código penal, se desglosa de la descripción típica “el que”, esto parecería determinar que el tipo de delito es común, sin embargo, debemos advertir que con respecto a este punto, tal como se extrae de la naturaleza jurídica del mismo, ésta deriva de un proceso civil, en ese sentido nos remitimos al artículo 474° del código civil que establece “Se deben alimentos recíprocamente:

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

4. Los hermanos.

Estos son los sujetos que estando obligados a prestarse alimentos recíprocamente, es decir, uno con el otro, en ese sentido, el sujeto activo adquiere ya una condición especial, puesto que no cualquier persona está obligado a prestar alimentos, sino requiere de una calidad especial.

Roxin(2010), respecto a los delitos especiales señala lo siguiente:

En los delitos especiales solo puede ser autor quien reúna determinada cualidad (cualificación del autor). Por regla absoluta general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de delitos de infracción de deber (...). (pág. 338)

Asimismo, Quilla & Zavaleta(2015), con respecto al sujeto activo, señalan:

En cuanto a los sujetos del delito, el agente o sujeto activo deberá ser toda aquella persona natural que se encuentre obligada mediante una resolución judicial a prestar alimentos a un miembro de su familia, es decir, a su cónyuge, descendiente/s, ascendiente/s, hermano/a, o concubina/o, ello debido a que nos encontramos frente a un delito especial. (pág. 285)

2.2.8. El sujeto pasivo

Dentro del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, se denota de la descripción típica, que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, pero que cumpla con el requisito de tener la calidad de alimentista, esto se deriva porque el tipo exige que exista una resolución judicial que reconozca al alimentante y al alimentista, en ese sentido, se infiere que el sujeto pasivo tiene una calidad especial en este caso.

2.2.9. Resolución judicial

Este elemento se desprende de la descripción típica del delito de omisión a la asistencia familiar, que la resolución judicial es indispensable para la configuración del mismo, en concordancia con la doctrina y jurisprudencia nacional. Para los autores Quilla & Zavaleta(2015):

Otro de los elementos de tipicidad objetiva del tipo penal en mención es la resolución judicial que impone al alimentante (sujeto activo) la obligación de prestar alimentos al alimentista (sujeto pasivo). La interpretación de la resolución judicial que impone la obligación de prestar alimentos permite entender -de manera genérica- que se trata de una sentencia y/o auto, sin embargo, somos de la opinión de que la palabra “resolución judicial” debería ser modificada por la palabras “sentencia consentida y/o ejecutoriada”, toda vez que un auto como, por ejemplo, el que declara fundada una medida cautelar de asignación anticipada de alimentos, no pone fin al proceso (...). (pág. 284)

Por su parte, García(2019), con respecto a la resolución judicial señala:

La obligación de prestar alimentos que establece la resolución judicial se refiere en específico a la notificación de la resolución que aprueba la liquidación de pensiones devengadas con el apercibimiento de remitir copias certificadas a fiscalía, y este documento es un elemento del tipo objetivo de omisión a la asistencia familiar necesario para que el agente que conoce de su existencia actúe con dolo, por tanto, esta resolución conminatoria de ningún modo puede ser un requisito de procedibilidad, pues este debe estar expresamente

regulado y es una condición que no afecta ningún elemento del delito. (pág. 205)

Por su parte, Donna(2001) señala:

El tipo penal exige para su configuración que el autor del delito omita cumplir “una resolución judicial”, siendo que este término comprende tanto una sentencia como un auto de asignación provisional de alimentos que se fija, en el inicio del proceso o inmediatamente de iniciado, a favor del beneficiario. (pág. 404)

2.2.10. La capacidad económica del sujeto activo

Uno de los mayores defensores de este elemento del tipo penal de omisión a la asistencia familiar, es el abogado César Nakazaki, el cual en el II Pleno Jurisdiccional Supremo Extraordinario en materia penal y procesal penal celebrado el día 21 de enero del 2016, hizo referencia a la capacidad económica del obligado, señalando:

El proceso civil, como su finalidad es proteger al alimentista, establece que la capacidad económica del alimentante no se tiene que investigar rigurosamente, o sea, una excepción a la regla de la certeza: sentencio sobre la base de la probabilidad. Bueno, es el proceso civil, pero cuando vamos al proceso penal, lo hemos deformado y lo hemos convertido en un proceso de desobediencia a la autoridad: la sentencia civil, su notificación, la liquidación y el no pago; y cuando dicen capacidad individual de acción, elemento del tipo de omisión propia, dicen textualmente el juez y el fiscal: «no, la capacidad económica no se debe probar en el proceso penal, eso se hace en el proceso civil, incluso sería inconstitucional porque sería violar la

prohibición de avocamiento indebido» (...). Esto tiene que corregirse.
(Nakazaki, 2019)

En cambio, Vinelli(2019), señala:

Somos de la opinión que en la sede penal si podría probar la capacidad económica del sujeto obligado para dar cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Civil o de Familia como sustento de una defensa de atipicidad de la conducta atribuida como delito de omisión a la asistencia familiar; caso contrario, la investigación y proceso penal sería una mera formalidad, por cuanto la sanción penal se daría de manera automática ante el incumplimiento del mandato civil.

Pues bien, si consideramos la falta de capacidad económica como un elemento del tipo objetivo, su falta de concurrencia conllevaría a la atipicidad objetiva del delito. Concordante con lo expuesto, si la capacidad económica la asumimos como elemento de la tipicidad objetiva, de modo que para que pueda hablarse de una verdadera “substracción” al deber de asistencia es necesario que el sujeto activo esté en condiciones de satisfacer el deber jurídico, es decir, que tenga poder económico. (pág. 217)

La sala penal de apelaciones del distrito judicial de Arequipa, confirmó una sentencia absolutoria por delito de omisión a la asistencia familiar, donde se analizó la capacidad de pago del obligado como elemento del tipo penal, la misma señala:

2.3 Entonces debe verificarse la capacidad de pago (posibilidad psicofísica del individuo para ejecutar la acción ordenada). Si bien está acreditada objetivamente: i) el mando de un pago de alimentos [sentencia civil de

alimentos de fecha diez de octubre del dos mil siete], ii) el requerimiento de pago [resolución N ° 81-2014, de fecha 01 de diciembre del 2014], iii) el no cumplimiento del requerimiento [remisión de copias al Ministerio Público con fecha 16 de enero del 2016]; sin embargo, la defensa precisa que la incapacidad adquirida por su representado viene ya desde el quince de julio del dos mil cuatro, pues sufrió un accidente generándole una discapacidad del 70 % de carácter permanente, producto de un desbarranco que sufrió en el Puente de Fierro, en el que tuvo fractura expuesta de base de cráneo, desgarro de hígado, fracturas intercostales, entre otras fracturas graves, además de un trastorno cognitivo con un menoscabo del 70 %; por lo que a la fecha del requerimiento de pago el 1 de diciembre del dos mil catorce, su patrocinado ya se encontraba en la imposibilidad de ejecutar la acción ordenada. (Capacidad de pago del obligado, 2017)

Asimismo, existen posiciones con respecto a la capacidad económica del sujeto activo, le corresponde acreditar al Ministerio Público, a través de su representante el fiscal, tal como la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones del distrito judicial de Tumbes, la cual señala en sus fundamentos:

D. Que esta Sala Penal Superior no comparte el argumento esgrimido por el representante del Ministerio Público, quien considera que en los delitos contra la Familia en su modalidad de “Omisión a las Prestaciones Alimentarias», en el proceso penal instado, no es necesario la realización de mayores actos de investigación, pues afirma, que la obligación alimentaria ya estaría debidamente acreditada. No obstante, ello, aceptar dicha postura,

arribaría a considerar que, en cuanto a este delito, la instancia judicial se convierta en un «mero órgano tramitador o ejecutor de decisiones extrapenales»; lo cual desnaturalizaría por completo las funciones del órgano fiscal como defensor de la legalidad y además responsable de la carga de la prueba, igualmente como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional.

E. Que en tal sentido, al no haberse demostrado el verdadero estado de salud del imputado, quien asevera que sus males físicos le impiden desarrollé actividad económica alguna que le posibilite cumplir con la obligación alimentaria, la Fiscalía debió desarrollar una actividad investigatoria orientada a destruir dicho argumento, a fin de que no existe duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo, situación que deviene en favorable para el procesado en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, contenida además en la norma adjetiva -artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal- que señala que “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal. mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”. [...] (Tumbes, 2010)

Por el contrario, existe una parte de la doctrina que señala, que si bien es cierto, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, no es su labor acreditar la capacidad

económica del obligado, además que la capacidad económica no pertenece a la categoría de la tipicidad, es decir, ni a la tipicidad objetiva ni subjetiva, sino pertenece a la categoría de la antijuridicidad o de la culpabilidad, puesto que quien tendría que alegar estas causales de justificación o de exculpación es el abogado de la defensa técnica del imputado (obligado).

Así, Laurence(2017), señala:

No es un elemento del tipo porque se entiende que esas condiciones fueron evaluadas en el proceso de alimentos. Empero podría ser alegada como causal de justificación o de exculpación por parte del imputado, lo que supone exigencia de probanza.

En esa misma línea, Cachay(2017), señala:

¿De la presunción de inocencia se deriva la presunción de que si el sentenciado (civil) incumple el pago de la pensión alimenticia, lo hace «inocentemente», esto es, por falta de capacidad económica? Creo que no. La sentencia de condena en el proceso extra penal se basa en las necesidades del alimentista y la capacidad del obligado para otorgar la pensión. La ausencia de esa capacidad puede ser alegada por el procesado como un medio de defensa, pero no bastaría que lo afirme (no basta su dicho) tendría que aportar medios de prueba que acrediten ello. La carga de la prueba en este caso no reside en el MP sino en el procesado, sin embargo eso no exonera al Fiscal de su deber de defender la legalidad, profundizando la investigación cuando *exista elementos de juicio* de que el procesado podría no estar actuando con dolo (no tener capacidad para pagar

la pensión), para evitar que se imponga una condena en ausencia de todos los elementos del tipo, esto último es lo que al parecer subyace en la sentencia superior publicada por el Dr. David, pero no parece estar diciéndonos que para una sentencia condenatoria el MP debe probar que el procesado si está en capacidad de pagar la pensión, lo cual sería muy grave (...).

En esa misma línea, Chinchay(2017), señala:

Pero no olvidemos que el fiscal nunca prueba los elementos negativos. Por ejemplo, ninguna acusación fiscal dice: «Fulano mató a Mengano con un arma de fuego, Y NO está demente, Y NO actuó en legítima defensa, Y NO fue estado de necesidad», etc. Legítima defensa, estado de necesidad e imposibilidad material son cosas que debe probar el imputado. (ver el FJ 4.6 de la Casación 353-2011-Arequipa.) Revisemos, por favor: ningún control de la acusación le pide al fiscal que revise si no se dan algunas de las causales que eximen de responsabilidad. Al estilo: «Pero señor fiscal, no me diga que no ha revisado si el acusado no está en error de prohibición, no está en error de tipo, no se encuentra en el art. 15º» ¿Por qué tendría que ser diferente en este caso con la imposibilidad material de pagar? Creo que esto va en la línea que observó don Laurence Chunga.

Asimismo, la Corte Superior de Justicia de Arequipa, específicamente la Tercera Sala Penal de Apelaciones, en el expediente N° 0070-2017-58-0401-SP-PE-03, aplicó la figura de error de prohibición, en un caso por delito de omisión a la asistencia familiar, así señala:

Está probado que Jesús Severo Pizarro Huamaní, no cumplió con el pago de alimentos; empero, esta omisión corresponde a que consideraba que la menor Maribel Shirley Pizarro Rojas, no es su hija y por tanto, no le correspondía el pago de la obligación alimentaria; es claro el error en la apreciación del derecho por parte del procesado [desconocía que para la configuración del ilícito penal de Omisión a la Asistencia Familiar es irrelevante la filiación cierta o incierta con el alimentista], este error de apreciación jurídica se evidencia en el procesado con la petición que éste realiza de una pericia de ADN al Juzgado, dado que tenía la seguridad que al no ser padre biológico de la menor no le correspondía esa obligación alimentaria.

4.1 Conforme a lo señalado en la base jurídica [3.1.] la discusión de la relación parental entre el imputado y la menor agraviada es irrelevante típicamente dado que para efectos del delito de Omisión a la Asistencia Familiar son suficientes los elementos que configuran el artículo 139 del Código Penal.

4.2 Del error de prohibición:

a. Corresponde al ámbito de impugnación la razón de que Jesús Severo Pizarro Huamaní no cumplió con la resolución que le obliga al pago de la obligación alimentaria porque no es su hija, este extremo no es solo parte de la defensa material sino de la defensa técnica; en consecuencia, un pronunciamiento respecto a estos errados fundamentos si corresponde al ámbito de impugnación.

b. Para que exista culpabilidad, tiene que reunirse tres elementos: la imputabilidad, la exigibilidad de la conducta y el conocimiento de la antijuridicidad, el desconocimiento de la antijuridicidad – aquel que configura el error de prohibición-, determinando que el autor no comprenda el carácter delictual de su comportamiento. El error de prohibición puede ser vencible o invencible:

i) es vencible cuando el sujeto activo con una diligencia adecuada hubiera superado el error en el que se encuentra, este error solo disminuye la culpabilidad,

ii) es invencible cuando el sujeto activo no hubiera superado el error en el que se encontraba por más diligencia que hubiera puesto, este error si elimina la culpabilidad en su totalidad.

c. Está probado que Jesús Severo Pizarro Huamaní, no cumplió con el pago de alimentos; empero, esta omisión corresponde a que consideraba que la menor Maribel Shirley Pizarro Rojas, no es su hija y por tanto, no le correspondía el pago de la obligación alimentaria; es claro el error en la apreciación del derecho por parte del procesado [desconocía que para la configuración del ilícito penal de Omisión a la Asistencia Familiar es irrelevante la filiación cierta o incierta con el alimentista], este error de apreciación jurídica se evidencia en el procesado con la petición que éste realiza de una pericia de ADN al Juzgado, dado que tenía la seguridad que al no ser padre biológico de la menor no le correspondía esa obligación

alimentaria. (Arequipa, Tercera sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia De Arequipa, 2017)

2.2.11. Tipicidad subjetiva

El artículo N° 12 del Código Penal, establece: “Las penas establecidas por ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por ley” En ese sentido, el delito de omisión a la asistencia familiar, no calza en la tipicidad subjetiva de culpa, tal como se puede inferir de la norma penal, señala que los delitos de infracción culposa están señalados en la propia ley, caso donde evidentemente el código penal no regula el tipo penal de omisión a la asistencia familiar como un delito culposo, sino como un delito doloso.

El dolo, “es conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo” (Peña R. , 1994, pág. 330)

Para Quilla & Zavaleta(2015), el dolo en el delito de omisión a la asistencia familiar:

Nace en aquel ámbito subjetivo en la que el agente concretiza consciente y voluntariamente omitir cumplir con la obligación alimentaria impuesta por una resolución judicial, el cual para nosotros debe ser siempre una sentencia. Precisamente, una forma de probar la omisión dolosa del agente es el hecho de haber seguido omitiendo en cumplir con la prestación alimentaria, a pesar de ya haber sido notificado válidamente, incluso, con el apercibimiento de remisión de actuados a la Fiscalía, ya que de dicha forma

se ratifica la intención de parte del agente en no prestar alimentos al sujeto pasivo (...). (pág. 288 y 289)

La dogmática jurídico-penal ha desarrollado para los delitos omisivos el tema de que lo denominan como “cuasi dolo”, el mismo que está compuesto solo por un elemento que es el conocimiento (tesis cognoscitiva), dejando de lado la tesis volitiva, por la naturaleza misma del tipo penal, es decir, la indiferencia o inacción del sujeto activo exteriorizada en su conducta. Postura la cual no se comparte, puesto que se considera que en todo delito sea de comisión o de omisión debe analizarse con la teoría clásica del dolo, es decir, contar con el elemento cognoscitivo y volitivo.

2.2.1.12. La antijuridicidad

La antijuridicidad: “consiste en el juicio objetivo y general que se formula en base a su carácter contrario al ordenamiento jurídico (...)” (Hurtado, 1987, pág. 186)

En el delito de omisión a la asistencia, la antijuridicidad es una categoría del delito, que debe ser analizada después de haber pasado el juicio de tipicidad, en consecuencia, la conducta del sujeto activo además de ser típica, debe ser antijurídica, sin embargo, si existe alguna causal de justificación, como estado de necesidad justificante, estado de necesidad exculpante, entre otros, tendría que ser absuelto el sujeto activo. Tal como gráfica con un ejemplo Quilla & Zavaleta(2015):

Es el caso del padre, ya apercibido mediante resolución judicial, que no cumple con asignar el pago de alimentos del mes de agosto a favor de su menor hijo por haber efectuado un pago para que se le realice una operación de peritonitis; en este caso estaríamos ante un estado de necesidad justificante previsto en el art. 20.4 del CP; si bien el delito fue consumado al cumplir

los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal existe una causa de justificación que ataca la antijuridicidad, hecho que hace que este delito no sea justiciable penalmente. (pág. 173)

2.2.13. La culpabilidad

“La culpabilidad es el concepto definitorio de la teoría del delito. “No hay pena sin culpabilidad del autor” (nullum crimen sine culpa) reza un principio elemental del Derecho Penal”. (Fernandez, pág. 141)

“La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, luego de haber determinado la existencia de un injusto penal”. (Galdós, 1993)

La culpabilidad es una categoría del delito donde se realiza un reproche al sujeto activo, además de determinar la responsabilidad penal, es decir, determinar si el sujeto activo es responsable penalmente o no del delito que se le imputa, y en consecuencia fijar una determinada pena que le corresponde.

Según el autor García P.(2019), con respecto a la culpabilidad, señala:

Que está compuesta por tres elementos: La imputabilidad (la capacidad de culpabilidad), el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el elemento intelectual de la reprochabilidad) y la exigibilidad de otra conducta (el elemento volitivo de la reprochabilidad) (...). A nivel de la culpabilidad se exige únicamente el conocimiento referido a la regulación jurídico penal. (pág. 674 y 675)

Asimismo, en nuestro código penal peruano, encontramos en el capítulo III que denomina “Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, en el artículo 20° que regula: “está exento de responsabilidad penal” y regula 11 causales, los cuales deben ser evaluados al momento de emitir una sentencia, puesto que son causales que eximen o atenúan la pena.

2.2.14. El proceso inmediato en el delito de omisión a la asistencia familiar

El panorama del Poder Judicial y Ministerio Público se veía muy sobrecargado por este tipo de procesos (omisión a la asistencia familiar) y es por ello que se incorporaron procesos de simplificación procesal como el referido proceso inmediato.

Mediante el Acuerdo Plenario extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 se han pronunciado respecto a la justificación constitucional del proceso inmediato en los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad, donde señalan en su fundamento:

15° En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del artículo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurran los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos. La justificación constitucional del proceso inmediato su fundamento material se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba

inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional (...). (Proceso inmediato reformado. Legitimación y Alcances, 2016).

Estos son los requisitos que deben cumplir para que un caso en concreto de omisión a la asistencia familiar puede ser incoado por el representante del Ministerio Público, cada uno de estos debe ser examinado en primer lugar por el fiscal, luego de igual forma por el juez de investigación preparatoria, para velar por el respeto a los principios constitucionales ya mencionados, esto como primer filtro del proceso inmediato para casos de omisión a la asistencia familiar.

Para incoar un proceso inmediato se requiere en general dos presupuestos: a) “caso fácil” y b) “causa probable”. En el primer supuesto se verificaría la resolución judicial en la vía civil y que el requerimiento al investigado haya sido debidamente notificado cumpliendo los requisitos más sencillos, en cambio; en el segundo supuesto, se deberá analizar la capacidad económica del investigado, puesto que el estándar probatorio en un proceso penal es diferente al de familia. En consecuencia, cuando se presente un caso “difícil” no se considerará no incoar proceso inmediato y continuar con el mismo en un proceso común ya sea por diversas causas que se puede dar, como: i) una incapacidad económica sobrevenida, ii) un indebido emplazamiento, iii) el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc. En cualquiera de estos supuestos sería irrazonable acudir al célere proceso inmediato, pues se afectaría de manera radical el derecho de defensa del imputado. (Mendoza, 2019, pág. 122 y 123)

Además, debe verificarse los elementos del tipo penal de omisión, porque no es proporcional que un caso “difícil o complejo” pase a una vía de proceso de inmediato, deberá evaluarse estos elementos por parte del Juez de Investigación Preparatoria como parte del control de la calificación jurídica del tipo penal.

El artículo 446° del código procesal penal señala “(...) el fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente código”, es decir, en este proceso se faculta al fiscal para que pueda realizar la incoación de proceso inmediato, específicamente para casos de delito de omisión a la asistencia familiar, un hecho que como bien ya se afirmó tiene un fin de celeridad procesal, sin embargo, se debe recordar que en derecho penal, se debe corroborar si la persona a la cual se le está investigando (investigado) cometió o no el tipo penal que se le atribuye y para ello debe realizar un juicio de análisis del tipo penal de omisión a la asistencia familiar donde se analizará la tipicidad, antijuridicidad y finalmente llegar a una culpabilidad, sin embargo, con este proceso no parece que se realizará este análisis de la teoría del delito, porque simplemente utilizan como elemento de convicción fuerte y determinante la remisión de copias del proceso civil de alimentos específicamente de la sentencia, de esta forma, el proceso penal se estaría convirtiendo en un proceso administrativo, es decir, de mero trámite, porque no realizan el análisis correspondiente del tipo penal imputado al investigado. Si bien la norma procesal penal les da la facultad a los fiscales de incoar un proceso inmediato, no debe ser un criterio mayoritario que cuando se trate de un caso de delito de omisión a la asistencia familiar se deba incoar proceso inmediato porque desnaturaliza el fin del proceso

penal y no cumple con los fines del mismo. Lo correcto es que desde el conocimiento del fiscal del caso por delito de omisión a la asistencia familiar deberá realizar un correcto análisis del tipo penal para pretender llevarlo a un incoación o pasar a un acusación fiscal, asimismo si ya hubiere pasado a un proceso inmediato, es labor del juez de investigación preparatoria realizar un control de calificación jurídica, esto quiere decir, realizar un análisis valorativo respecto de los hechos con el tipo penal, para determinar si se ha configurado efectivamente el tipo penal, de no ser así, correspondería que el caso en concreto no sea evaluado en el proceso inmediato, sino ser derivado a una vía ordinaria, a un proceso común.

Concluye Mendoza(2019) con respecto al proceso inmediato en los delitos omisivos:

Es tarea pendiente la construcción adecuada de la imputación concreta en los delitos omisivos. La precariedad en su construcción se ha puesto en evidencia con el proceso inmediato. Se presenta una oportunidad para exigir al Ministerio Público la construcción de la imputación con el rigor que corresponde sujeto a presentar proposiciones fácticas que realicen cada uno de los elementos del tipo. No por ser un delito de poca entidad, debe precarizarse su construcción, pues generalmente los que asumen las consecuencias son los más vulnerables entre los vulnerables para satisfacción del acrítico punitivismo ético. (pág. 131).

2.3 Antecedentes de las categorías del delito

El surgimiento de la teoría del delito se remonta a Alemania, 10 años después de la promulgación del Código Penal alemán de 1871. El jurista Franz Von Liszt publica su libro “Lehrbuch des deutschen Strafrechts”, donde la ciencia penal empieza a tomar

una teoría como eje principal de la misma. Junto con las aportaciones del filósofo del derecho Rudolf Von Ihering, el profesor Von Lizst estableció las categorías de antijuridicidad y culpabilidad, de este modo, se inicia la teoría del delito.

Posteriormente, en el año 1906, Von Beling mediante su obra “Lehre von Verbrechen” (Doctrina del crimen), añade la tercera categoría a la teoría del delito, siendo esta la tipicidad. Es a partir de aquí que la teoría del delito cuenta con 3 categorías, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, categorías que se analizan para llegar a la conclusión si en un hecho la persona imputada cometió un delito.

La teoría del delito es un instrumento que sirve para poder determinar si la conducta de una persona que se le imputa un hecho, es reprochable penalmente o no lo es. Su utilidad en la actualidad es esencial para poder resolver casos que en la práctica se presentan, son fundamentos teóricos creados a partir de casos reales que sirven como base para resolver problemas judiciales. En ese sentido, la teoría del delito es una herramienta que debe ser utilizada desde el Ministerio Público, específicamente usada por los fiscales, ya que ellos conocen el caso desde un inicio para luego realizar la calificación jurídica correspondiente, y finalmente determinar si el hecho denunciado atribuido al investigado cumple todos las categorías de la teoría del delito, para llegar a la conclusión si estamos ante un delito o no, tal como lo señala uno de sus principios rectores que es el principio de objetividad. Asimismo, una vez que se haya realizado todo este proceso de análisis del mismo, el fiscal deberá acusar o sobreseer el caso en concreto. De esta forma cuando se llegue a presentar la acusación fiscal ante el Juzgado de Investigación Preparatoria, pueda seguir su curso en la etapa intermedia. Cuando el caso en concreto ya llegué a la última etapa del juicio oral, el juez pueda

resolver usando también la teoría del delito y demás criterios de análisis, para emitir una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

En efecto, se puede apreciar la utilidad de la teoría del delito, que sirve en la resolución de casos judiciales penales, desde la etapa de investigación preliminar realizada por el Ministerio Público.

2.3.1. Concepto de delito

El delito está definido por el código penal peruano en el artículo N° 11, que señala taxativamente: “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”, este concepto de delito es netamente formal, pues el legislador lo ha puesto de esta manera ya que el delito contiene teorías y demás elementos que requieren ser analizados para determinar si el hecho imputado es delito. En ese sentido, se debe recurrir a otras fuentes para poder darle un significado más preciso y cercano al mismo, es por ello que para la doctrina mayoritaria de nuestro país el delito se define como la conducta típica, antijurídica y culpable, evidentemente este concepto nace a partir de la teoría del delito y sus categorías.

2.3.2. Las categorías de la teoría del delito

Las categorías de la teoría del delito, son aceptadas por la mayoría de la doctrina, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, las mismas deben ser cumplidas de manera secuencial en el orden correspondiente, cumpliendo este requisito ya se puede llegar a la conclusión que una conducta es delito.

2.3.3. La tipicidad

La tipicidad es la primera categoría de la teoría del delito que se debe analizar, esto surge a partir de dos puntos esenciales: a) La idea de la teoría general del delito como sistema de filtro; y, b) El principio de legalidad penal.

Cuando surgió la moderna teoría general del delito, trajo consigo a que las categorías de la misma, sigan un orden secuencial para poder analizar correctamente el hecho en concreto, es decir, que primero se debía analizar el tipo penal desde su tipicidad objetiva para luego pasar a la subjetiva y finalmente pasar a la otra categoría del delito que es la antijuridicidad ya pasando este segundo filtro se podría pasar a analizar la tercera categoría que es la culpabilidad, es decir, se cumple con un análisis secuencial de cada categoría. Asimismo, exige que se debe realizar en primer lugar el análisis de la categoría del delito de la tipicidad respondiendo ante el principio de legalidad penal, el mismo que exige que el hecho en concreto a analizar como primer punto encaje en la descripción abstracta hecha por el legislador a través del tipo penal, una vez que cumpla con este requisito se podrá pasar a analizar los demás elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva. Esto en la realidad es esencial y fundamental, puesto que cuando el Ministerio Público recibe denuncias de parte, los fiscales son los encargados de realizar la calificación jurídica al hecho denunciado, es decir, que la conducta del denunciado se subsuma en un tipo penal, para luego aperturar investigación preliminar contra el investigado, esto lo usan como primer filtro de control de legalidad penal.

2.3.4. La antijuridicidad

Es la segunda categoría de la teoría del delito, la cual se define como su propio nombre lo dice, una conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico, porque no se

limita solo a la rama del derecho penal, sino se extiende a las demás ramas como el derecho constitucional, civil, familia, etc. Sin embargo, al momento de analizar un caso en concreto, si la conducta reprochable resulta pasar el primer filtro que es la tipicidad, es decir, que la conducta es típica se subsume en un tipo penal, no quiere decir necesariamente que la misma también sea antijurídica, se analizará mediante un ejemplo: el artículo 2. 23 de la Constitución Política del Perú señala “Toda persona tiene derecho (...) a la legítima defensa (...)”, es decir que el derecho constitucional exime de responsabilidad penal aquellas conductas típicas, en este caso, del tipo penal de homicidio, claro una vez analizado los elementos de la legítima defensa para que se configure esta figura de exención penal. En ese sentido, se llega a la conclusión que el análisis del caso en concreto debe realizarse de forma secuencial, es decir, en el orden establecido por la teoría del delito, precisando que no toda conducta típica es antijurídica.

2.3.5. La culpabilidad

La culpabilidad es la tercera y última categoría del delito, la misma que para entenderla debemos avocarnos a dos puntos precisos, los cuales son: a) la imputabilidad y b) la capacidad de motivación normativa, es decir que una vez que la conducta en concreto ya haya pasado los dos primeros filtros tanto la primera categoría tipicidad y la segunda antijuridicidad, estando ya en la tercera categoría, se analiza si el sujeto posee la capacidad de conocer la antijuridicidad de su conducta, es decir, conocer que su comportamiento se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico y que el mismo pueda motivarse conforme con esa prohibición. Asimismo, se define la capacidad de comprender lo que es correcto o no, a esto se le conoce en el

derecho penal como imputabilidad que son aquellas personas que tienen la calidad de mayoría de edad (18 años) que no se encuentran comprendidas como personas inimputables (menores de edad, enfermos mentales, etc.).

Además, cabe precisar que no toda conducta típica y antijurídica es también culpable, debe analizarse cada categoría con sus respectivos elementos que la componen, es así, que se recurrirá al típico ejemplo: donde dos náufragos se encuentran en una misma tabla en medio del mar, donde la misma tabla solo soporta a una persona, uno de ellos o ambos lucharán por su vida y terminarán arrojando o empujando al otro al mar, en esta situación se pondera bienes jurídicos de igual valor siendo este la vida, se denomina en el derecho penal como estado de necesidad exculpante regulado en el artículo 20º del código penal, en este caso el náufrago sobreviviente pese a tener un comportamiento típico y antijurídico, no actúa culpablemente.

2.3.6. El tipo penal

Es la descripción abstracta de la conducta (delito), es lo que el legislador ha desarrollado calificando esta conducta como delito. Asimismo tiene funciones como: a) función de garantía, la cual se basa en el principio “nullum crimen sine lege”, que tiene como fin comunicar al ciudadano receptor que toda conducta estipulada en el código penal es un delito; b) función indiciaria, es aquella que señala que es indiciaria de antijuridicidad, es decir, que aunque una conducta resulte ser típica e inicialmente antijurídica para el ordenamiento jurídico penal, es permitida por el ordenamiento jurídico por una causal de justificación; c) función motivadora, cumple con motivar al ciudadano a comportarse conforme a cada prohibición que subyace en el tipo penal, puesto que sabe de las consecuencias que acarrearía si no cumple y por último d)

función de selección de conductas penalmente relevantes, cumple con el propósito del principio de lesividad, el cual señala que aquel que lesiona o pone en riesgo los bienes jurídicos, preserva este principio.

Ahora, los tipos penales, cuentan con una estructura, la cual se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo, siendo que el primer tipo se refiere a las acciones que se reflejan en el externo, mientras que el segundo tipo se refiere a los elementos internos que han tenido relevancia para la realización del hecho en concreto.

Por otro lado, tenemos a los elementos del tipo penal, siendo los mismos: a) elementos descriptivos del tipo, los cuales son comprensibles por los sentidos lógicos, tienen una naturaleza descriptiva, por ejemplo “el que mata (...)”, matar es un término simple de entender que no requiere de mayor análisis o conocimiento; y b) elementos normativos del tipo, los cuales necesitan de un conocimiento mayor para poder ser entendidos en su sentido correcto, por ejemplo: “funcionario público” es un término que para entenderlo necesitaríamos recurrir a una norma extrapenal, la naturaleza de los elementos normativos radica en una valoración social o judicial que se necesita hacer al mismo para ser entendida.

2.4. El dolo

2.4.1 Concepto

Dentro de las categorías de la teoría general del delito, en primer lugar, se encuentra la tipicidad, la cual se divide en dos vertientes, las cuales son a) tipicidad objetiva y b) tipicidad subjetiva. Se enfocará en tratar el tema de la tipicidad subjetiva, que según la

mayoría de la doctrina supone que la misma contiene dos elementos que es el dolo y la culpa. El dolo es el elemento en donde se centrará.

El dolo, se encuentra regulado en el código penal peruano, en el artículo 12° del mismo, que señala; “las penas establecidas por la ley, se aplican siempre al agente de infracción dolosa...”, el mismo se rige a partir del principio in dubio pro reo y el principio de presunción de inocencia, por ende, el dolo no puede presumirse ni suponerse, sino todo lo contrario debe demostrarse con los actos o hechos externos del sujeto activo. Asimismo, se puede hacer la precisión cuando el tipo penal no menciona el elemento subjetivo (la culpa), al autor solo responderá a título de dolo. La definición del dolo es “(...) la intención más o menos perfecta de efectuar un acto que se sabe que es contrario a la ley”. (Carrara, 1977, pág. 73)

También otros autores han definido al dolo como : “obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción” (Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 1996) en su definición más tradicional y actual es el conocimiento y la voluntad de todos los elementos objetivos del tipo, en su estructura se divide en dos elementos: el cognoscitivo (que es el conocimiento que debe tener el sujeto activo para realizar el acto ilícito) y el volitivo (que es la voluntad, la intención exteriorizada por el sujeto activo conllevada en su resultado), teniendo el mismo un carácter dualista, es decir conformado por dos elementos. Asimismo, en el ordenamiento jurídico peruano se adopta de manera unánime este concepto, el concepto de dolo en los delitos de homicidio, véase el R.N. N° 2435-2007-JUNÍN de fecha 17 de octubre del 2017, expedida por la segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el considerando tercero señala: “Que, para la configuración del delito

incriminado es necesario corroborar en el agente tenga una especial intencionalidad dirigida a la realización del resultado típico, esto es, producir la muerte del sujeto pasivo, que dicho *animus necandi* importa un conocimiento de los elementos objetivos del tipo que está ligado al aspecto volitivo de la conducta, puesto que, el agente tiene la potestad de autodeterminarse, es decir, dirigir su acción hacia el fin que se ha representado, consecuentemente, conciencia y voluntad al ser dos aspectos indesligables del dolo, deben concurrir necesariamente para la configuración del delito constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones expresamente descritas en el artículo 108° del código penal”.

2.4.2. Elementos

2.4.2.1. Elemento cognoscitivo

Este es un elemento del dolo, el cual trata de la parte intelectual del sujeto activo el cual se debe analizar para determinar si el mismo conocía los elementos objetivos del tipo penal, es decir, los elementos normativos y descriptivos; en cuanto a los elementos descriptivos no hay mayor problema, puesto que estos elementos son comprensibles para cualquier persona, tienen una naturaleza sencilla y común de entender, el problema resulta con los elementos normativos, que requiere de un grado de capacidad un poco mayor para ser entendidos, la doctrina dominante ha resuelto estos temas de acuerdo a la fórmula de Mezger(s.f.) de la “valoración paralela en la esfera del profano” (s.p), la cual se refuerza con lo que señala el Jurista Roxin que dice “la comprensión intelectual que caracteriza el dolo típico en los elementos normativos no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso

incriminado aludido, con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Por ello se entiende que el sujeto activo no es necesario que comprenda a plenitud estos elementos normativos del tipo penal, porque lo que importa son los hechos externos que realiza con su significado social.

2.4.2.2. Elemento volitivo

Este es otro elemento del dolo, el cual trata de la parte de la voluntad o de la intención del sujeto activo, aquí no solo basta que el sujeto activo haya tenido en su mente la intención de cometer un acto ilícito de planear o de pensar todas las posibilidades habidas para hacerlo, estas intenciones que se reflejan en la mente del sujeto activo no son suficientes para poder determinar que es el autor de un delito, incluso este tipo de responsabilidad objetiva esta proscrita por el código penal, es decir, está prohibida, en ese sentido el querer (intención) que le interesa a nuestro ordenamiento jurídico es el querer “realizar”, es decir, no basta con solo pensar o desearlo sino que el sujeto activo finalmente exteriorice estos pensamientos en la realidad, que realice el hecho ilícito.

2.4.3. Clases de dolo

2.4.3.1. Dolo directo

También conocido como dolo de primer grado, es aquel que se manifiesta cuando el sujeto activo realiza el hecho ilícito y quiere que tenga como consecuencia digamos la muerte de otra persona (sujeto pasivo), es decir, realiza y como consecuencia se da el delito, el autor quería que se produjera este hecho, lo hace y se produce. Por ejemplo: en un caso donde el sujeto “a” mata a otro sujeto.

2.4.3.2. Dolo indirecto

También conocido como dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, es aquel donde el sujeto activo produce un resultado que él no quería producir, sin embargo, lo acepta como consecuencia necesaria e inevitable del verdadero resultado que sí quería producir. Por ejemplo: en un caso donde el sujeto “a” coloca una bomba en el carro de un funcionario público donde su fin es matarlo, sin embargo, al explotar la bomba sabe que el chofer del vehículo también morirá.

2.4.3.3. Dolo eventual

Es aquel dolo que se presenta cuando el sujeto activo sabiendo que hay la posibilidad de producir un resultado más grave igual lo realiza, es decir, que prevé la posibilidad que existe un daño más grave, sin embargo, lo realiza de todas formas. Por ejemplo: en un caso donde el sujeto “a” va conduciendo su vehículo a una velocidad alta en una zona escolar, el mismo prevé o se representa en su cabeza que existe la posibilidad de que pueda atropellar a un estudiante.

Ahora bien, el dolo eventual ha sido tratado por muchos juristas, uno de los más destacados señala: “reside en que el autor doloso ha reconocido y tomado en serio la posibilidad de la producción del resultado y a pesar de ello se ha mantenido en la ejecución de su plan”. (Roxin, 2000), aunado a este concepto “habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto de un agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción”. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, s.f)

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto al dolo eventual. Así, se tiene el recurso de nulidad N° 5083-2008-Cusco de fecha 20 de enero del 2010, expedido

por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando octavo señala, lo siguiente:

En el aspecto subjetivo, el delito juzgado requiere que el agente actúe con dolo, es decir, con el conocimiento de la realización del tipo penal y que su conducta se dirija hacia la prosecución de una finalidad considerada inaceptable por la normativa penal, ya sea que infrinja una prohibición o no se acate un mandato imperativo. Según la tesis incriminatoria, los encausados Romero Pascua y Castillo Pretel actuaron con dolo eventual. Se conoce en la doctrina como dolo eventual, aquella clase de dolo en la que el autor representa como posible la concreción del resultado y pese a ello no se abstiene de actuar, por el contrario, se confirma con ello la teoría de la representación o de la probabilidad, el agente sabe que el riesgo de su comportamiento es elevado, pero acepta la probable realización del resultado. A diferencia del dolo directo o de primer grado, en el que el agente persigue, al decidirse actuar, alcanzar el fin propuesto, en el dolo eventual no busca la realización del resultado, sino que lo acepta como probable ante el riesgo que importa su conducta. (Jurisprudencia Sumillada, 2013)

Analizando la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional concuerdan en que:

La naturaleza jurídica del dolo eventual, nos afirmamos en aquella postura que identifica aquel como un aspecto netamente cognitivo, descartando la posibilidad del tradicional elemento volitivo, pues esto conlleva un enorme

efecto práctico para los juzgadores ya que facilitaría su labor. (Reátegui Sánchez, 2014, pág. 534)

Tal como se puede advertir de este tipo de dolo, tiene una especial naturaleza jurídica, puesto que, el sujeto activo se representa en la mente (conocimiento) que es posible que produzca una lesión a algún bien jurídico de una persona, sin embargo, menosprecia el bien jurídico y asume la producción del resultado. En ese sentido, solo tendríamos un elemento que es el cognoscitivo, mas no el elemento volitivo, puesto que, él no quiere producir un resultado lesivo.

2.4.3.4. Discusión con la culpa consciente

En este marco, ha surgido una discusión respecto a su estructura normativa, puesto que hay un sector de la doctrina que señala que es igual al elemento de la culpa consciente.

Este dolo (dolo eventual) no es dolo, sino culpa consciente con un elemento anímico agravador del injusto y esa actitud anímica es lo que lo diferencia entre culpa consciente: el sujeto prevé la posible lesión del bien jurídico y no lo quiere. Solo se plantea como hipótesis que ese resultado pueda producirse y no obstante actúa contando con dicho resultado. En suma, la culpa consciente puede dar lugar a una situación agravada en el límite con el dolo y que la doctrina penal por razones político-criminales ha asimilado al dolo con el nombre de “dolo eventual”, pero su configuración material no es más que una culpa consciente. (Hormazabal Malareé, 1990, págs. 64-65)

Asimismo, hay otros autores que señalan que se parece al elemento de la culpa.

Ha de suceder entre el dolo eventual y la culpa consciente en el tipo positivo: considerando que en dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse por parte del autor, elementos de confianza de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia). (Silva Sánchez J. , s.f., pág. 44)

Ahora bien, se tiene jurisprudencia respecto a esta diferencia. La Ejecutoria Superior N° 306-2004, ha señalado:

Lo que diferencia al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa *per se*. En la culpa consciente, existe por lo contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse; es de señalar que la aceptación a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refiere a la aceptación del resultado dañoso (por ejemplo, producción de la muerte o lesiones a la persona), sino únicamente a la conducta rara de producirlo. En situaciones especial y masivamente peligrosa el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del: comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que ha tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos. (Diálogo con la Jurisprudencia, 2004)

Asimismo, en la doctrina existen teorías para delimitar el concepto del dolo eventual y en qué situaciones se presentan: a) Teoría del consentimiento, el cual refiere sobre la representación de la realización de su conducta, debe haber asentido la ejecución de la misma; b) Teoría de la probabilidad, el cual refiere sobre la representación de la conducta del autor como probabilidad, la misma que debe ser de un alto grado, no se menciona la voluntad del autor, es decir, no cuenta con un elemento volitivo; y, c) Teoría de la concepción dominante, la cual refiere que el dolo eventual, es cuando el sujeto activo al realizar la conducta sabe seriamente que hay la posibilidad de lesionar bienes jurídicos y lo asume como tal.

Al respecto, se adhiere a la postura del profesor Silva Sánchez ya que se considera que es el concepto más acertado acerca de la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente. Ya se mencionó que el dolo eventual tiene su propia estructura, su propia naturaleza jurídica, que si bien es cierto es muy similar a la de culpa consciente, no se puede afirmar que son elementos iguales. En ese sentido, la diferencia radica en el que, en la culpa consciente, el autor se añade otros elementos de confianza, los cuales hacen representar en su cabeza del mismo que no existe la posibilidad de que su conducta produzca una lesión a algún bien jurídico, a diferencia del dolo eventual, que existe el conocimiento de que con su conducta pueda lesionar bienes jurídicos y pese a ello ejecuta su conducta (asume la producción del resultado).

2.4.4. Los elementos adicionales al dolo

Hay algunos autores que consideran que existen este tipo de elementos adicionales al dolo, puesto que la estructura típica de algunos delitos hace llegar a pensar que contienen más elementos, por ejemplo: en el delito de injuria se analiza el tema de

“*animus injuriandi*”, el mismo que es el ánimo de realizar una conducta injuriosa. Asimismo, podemos ver en la actualidad con respecto al delito de feminicidio en cuanto al término del tipo penal “(...) el que mata a una mujer por su condición de tal (...)”, ha sido materia de pronunciamiento de la jurisprudencia nacional, la misma que señala que este elemento objetivo, es analizado aparte del dolo, como un elemento adicional al dolo, puesto que implica un grado de mayor de análisis de la voluntad y el conocimiento. En ese sentido, citados tales ejemplos, se adhiere a la postura de que estos elementos adicionales al dolo, son analizados acorde al tipo de delito, algunos serán analizados en la tipicidad objetiva y otros en la tipicidad subjetiva.

2.4.5. El dolo en los delitos omisivos

2.4.5.1. Concepto

El dolo en su estructura se diferencia respecto de los delitos de comisión (de acción), respecto de los delitos de omisión (inacción), puesto que para cada uno tiene un tratamiento ligeramente distinto. Ahora bien, como un pequeño concepto se puede entender que el dolo en los delitos omisivos no tiene una finalidad exacta, como tal, sino más bien una finalidad concreta, al realizar su conducta omisiva.

El dolo de la omisión radica en la decisión que no tiene que ser necesariamente activa ni suponer un cambio respecto de otra anterior, basta que el sujeto decida el mantenimiento de un comportamiento no activo, sabiendo que implica o puede implicar la realización del tipo omisivo. Pero esta es solo una consecuencia de las posibles conductas típicas objeto del dolo en los delitos de omisión y no supone ninguna alteración de la estructura misma del dolo en dichos delitos. (Mir Puig, 1996, pág. 304)

Muchas veces el autor decide efectivamente abstenerse, por ejemplo, cuando el chofer que ha provocado el accidente de tránsito abandona el lugar de los hechos con el fin de evitar el control policial, dejando así sin asistencia al conductor lesionado del otro vehículo. Sucede, sin embargo, con cierta frecuencia, que el agente no toma de manera clara una decisión y solo asume su inactividad poco a poco, en función del desarrollo de los hechos” Además agrega, que “la omisión impropia (delito de resultado), la voluntad debe estar dirigida a la materialización del perjuicio típico, en la medida que el autor, mediante su abstención, espera que el resultado posible se realice. (Hurtado Pozo, 2005, pág. 768)

2.4.5.2. Naturaleza jurídica en la omisión

La doctrina señala lo siguiente:

- a) Una postura práctica, donde se niega la presencia del dolo.
- b) Una postura donde “en la omisión no existe el elemento volitivo que integra el concepto del dolo como si lo hay en el delito comisivo, en suma, solo en la omisión existe una cognoscibilidad respecto al hecho, por eso se habla de un “cuasi-dolo”. (Silva Sánchez J. , 2004, pág. 251)
- c) Una postura, que señala que, en la conducta del sujeto activo, la causalidad es independiente, porque falta la voluntad de realización.

2.4.5.3. Elementos

Asimismo, se distingue 3 elementos de los cuales debe entenderse el dolo en los delitos de omisión.

El primer elemento es la finalidad dirigida a un objeto no coincidente con el mandato de la norma, aunque dice que este solo elemento no es suficiente para caracterizar la forma más grave del injusto, porque este elemento también se presenta en la forma imprudente, pero de cualquier forma no se puede prescindir del elemento intelectual. El segundo elemento es la conciencia de la amenaza de producción del resultado. Finalmente, se encuentra un elemento diferencial del ámbito del dolo y de la culpa: la aprobación o ratificación del resultado eventual, aunque este último sea admitido como elemento del dolo eventual en los delitos de comisión. (Bacigalupo, 2006, pág. 102)

2.4.5.4. El aspecto cognoscitivo del dolo en los delitos de omisión

En relación al dolo en los delitos de omisión, pues una parte de la doctrina ha tomado una posición respecto a su naturaleza jurídica señalando que solo basta con la presencia del elemento cognitivo en este tipo de delitos (de inacción), puesto que el autor solo debe conocer los elementos objetivos del tipo penal para que su conducta pueda configurarse con dolo en los delitos omisivos.

En los delitos omisivos dolosos (...) el grado de conocimiento exigido es superior al que se debe exigir en los tipos activos. En ellos era suficiente un componente actual y real de los componentes objetivos del hecho. Ahora, además de ese conocimiento, se debe requerir que el autor sepa con el mismo carácter de actual o real que de esos elementos objetivos (situación típica) surge un mandato de actuar concreto dirigido a él. (Binder, 2004, págs. 151-152)

Asimismo, se tiene jurisprudencia internacional, el Tribunal Supremo de España el 30 de junio de 1988 señaló:

En los delitos de omisión (...) el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del “dolo” es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. (Laurenzo Copello, s.f, pág. 175).

En esa misma línea, se tiene otra jurisprudencia del citado Tribunal Supremo Español, en la sentencia del aceite de colza, donde señala:

En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (...) la teoría de la imputación subjetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. (Laurenzo Copello, s.f, pág. 176)

En ese sentido, se ha optado por tomar la postura de que en los delitos de omisión la voluntad del sujeto activo no existe como elemento constitutivo del dolo puesto que se habla de un cuasi-dolo, postura adoptada por una parte de la doctrina y la

jurisprudencia, inclusive hablar de ambos elementos del dolo, es un poco complejo, puesto que hasta el conocimiento resulta difícil apreciar, ya que la conducta no refleja un no querer hacer, simplemente refleja una conducta omisiva ante un hecho que se constituye como delito, simplemente por el hecho de inacción del sujeto activo, de la indiferencia de éste. Así se puede ver en los delitos de omisión impropia donde el garante cobra especial relevancia, puesto que pueda que el sujeto activo quiera evitar el resultado típico, pero decide permanecer inactivo, por ejemplo en el caso de un médico que decide no atender a un paciente puesto que no existen camas libres en el hospital, se puede apreciar el deber de garante del médico frente a su paciente, sin embargo, se permanece inactivo no porque quiera específicamente, sino porque existe factores externos que contribuyen a que su conducta sea indiferente frente a la situación.

2.4.5.5. La tipicidad en los delitos dolosos de omisión

Con respecto a la tipicidad de los delitos dolosos de omisión, tienen una estructura diferente a los delitos dolosos de comisión, éstos son residuales en relación con los delitos de comisión. Está compuesta por una tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva.

2.4.5.5.1. Tipicidad objetiva

Se encuentra dos elementos, los cuales son: a) situación generadora del deber de actuar, b) la no realización de la conducta esperada y c) capacidad de ejecutar la acción. Una vez cumplido estos tres elementos podemos constatar que la tipicidad objetiva de los delitos dolosos se ha configurado. Un ejemplo donde se aplica estos elementos, citemos el artículo 126° del código penal que tipifica el delito de omisión de socorro, que señala: “el que omite prestar socorro a una persona que ha herido o

incapacitado, poniendo en peligro su vida o salud (...)”, así se tiene que el hecho generador del deber actuar se da cuando el sujeto activo ha herido o incapacitado al sujeto pasivo, el segundo elemento que es la no realización de la conducta esperada, se da cuando el sujeto activo huye del lugar, que es lo que normalmente pasa en la realidad, y finalmente se tendría que comprobar en que condición se encontraba el sujeto activo de realizar la conducta esperada, esto es la conducta de socorrer al sujeto pasivo, siendo este elemento muy importante dentro de la práctica, analizar y evaluar la capacidad del sujeto activo para entender el porqué de su inacción frente a este hecho, su indiferencia o su inacción. Una vez cumplido estos elementos, se puede pasar a analizar la tipicidad subjetiva.

2.4.5.5.2 Tipicidad subjetiva

En cuanto a la tipicidad subjetiva, solo nos encontramos con el único elemento subjetivo en los delitos dolosos de omisión, siendo éste el dolo.

2.4.6. El dolo desde la perspectiva normativa (probanza)

Es necesario precisar que hablar del dolo desde la perspectiva teórica donde se ha analizado la naturaleza jurídica del mismo, sus elementos, sus clases, las diversas teorías que han ido evolucionando con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia que ha sido de vital importancia para determinar los alcances del mismo. Es necesario también analizar el dolo desde la perspectiva normativa porque una cosa, es que en un caso en concreto existe ausencia de dolo por parte del sujeto activo deviniendo la conducta del mismo en una conducta atípica porque no se ha cumplido con el elemento subjetivo del dolo y otra muy distinta es que el Ministerio Público no haya podido acreditar la conducta dolosa del acusado en el juicio oral hablando ya tema de

probanza donde la conclusión de la misma deviene en una sentencia absolutoria respecto del delito doloso en el caso en concreto. Es por ello que es importante estudiar y analizar el dolo desde esta perspectiva.

Ahora bien, la conducta del hombre que delinque o que realiza una conducta contraria a la ley, tiene dos fases en su comportamiento, siendo la primera la faz interna que este compuesto por hechos, pensamientos y el querer realizar o ejecutar su conducta; la faz externa que está compuesta por la ejecución de la conducta y hechos ya realizados. Dentro del proceso penal, los fiscales al momento de acreditar la conducta del imputado juntan como una unidad el momento de la faz interna y la faz externa, debiendo advertirse esto por parte de los jueces para realizar un correcto análisis de la probanza del dolo dentro del juicio oral.

La intención de delinquir en la sociedad, se ha conceptualizado y eventualmente aplicado de una manera irreal y ficticia, por parte de los jueces en la sociedad. Aquella es considerada como dos estados mentales diferentes pero que se manifiestan en conjunto: 1) el conocimiento de las circunstancias fácticas, que constituyen un delito y 2) la voluntad o intención de cometerlo. (González Solano, 2007, págs. 31-78)

Al derecho penal y procesal penal lo que les importa son los actos externos de la conducta del imputado, los datos objetivos finalmente son con los que el Ministerio Público va a acreditar la intención y la voluntad del sujeto activo en el caso en concreto. Es por ello, que es importante distinguir los hechos internos de los hechos externos del sujeto activo, toda vez que en la praxis procesal siempre se ha analizado este tema como uno solo, debiendo advertir que existe una observación irreal respecto a este punto por parte de los jueces toda vez que, se debe examinar la faz externa del

sujeto activo, la misma que deviene en sus hechos externos, en su hechos objetivos que ya han sido plasmados en la realidad, es por eso que por el principio de imposibilidad de acceso a la mente de otro, el juez no podría jamás saber qué fue lo que efectivamente pasó por la mente del acusado al momento de realizar una conducta ilícita.

No existe una forma directa de conocer las mentes de los otros individuos. Lo anterior, no quiere decir que no puedan existir comunicaciones o relaciones entre los individuos precisamente para conocer sus creencias, deseos, expectativas, sino todo lo contrario: es necesario para la supervivencia de una tropa es que la mente establezca precisamente instrumentos (el lenguaje) y condiciones mínimas e indispensables para establecer una relación comunicativa con los otros miembros de la tropa, como son: a) Una recíproca atención; b) Una sincronización de las corrientes de consciencia de los sujetos; c) Una reciprocidad de perspectivas, motivos; d) Una concordancia de sistemas de relevancia o preferencias. (Luckman, 2014)

A partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor lo cual supone una operación inversa a la de las tesis psicologistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor lo cual supone una operación inversa a lo de las tesis psicologistas, pues mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) del autor a la conducta (y así determinar si

actuó con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor (Caro Jhon, 2014, pág. 116).

También el profesor Cancio(2010) con respecto a los hechos externos señala: “es atribuir externamente una determinada actitud al agente”. (pág. 162)

Ahora bien, una de las críticas que se hacen al código penal peruano, es en cuanto al concepto del dolo, toda vez que ofrece una regulación bastante vaga y nada precisa, así también escribe el profesor Caro(2014) quien señala: “la ley peruana, a diferencia de otras legislaciones, no ofrece una definición acabada o concreto sobre dichos elementos (refiriéndose al dolo y a la culpa)”, sin embargo como ya se mencionó al inicio del presente trabajo este vacío que se encuentra respecto al concepto del dolo tiene que ser integrado por la dogmática jurídico penal como punto principal de partida que ha aportado desde la naturaleza jurídica hasta los tipos del mismo que existen.

Habida cuenta de la evidente falta de un definición legal de solo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los entornos y contenido conceptual de tales elementos, despojándose de criterios ajenos al Derecho los que solamente complican el juicio de imputación subjetiva y generan márgenes inadmisibles de inseguridad jurídica, pues al encomendarle al juez la titánica tarea de probar un hecho psíquico, se confía a la convicción judicial de la decisión final sobre su prueba, es decir, se hace depender la resolución del caso, en última instancia, de un criterio puramente subjetivo. (Caro Jhon, 2014)

Cabe precisar que se quiere dar los fundamentos de la interpretación del dolo a partir de una visión normativista, esto implica que se debe tocar además del derecho penal

también el derecho procesal penal para apreciar las ventajas y deficiencias que existen dentro de nuestro proceso penal al momento de acreditar el dolo y analizar si existió o no el dolo, es decir, a partir de la investigación que realiza el Ministerio Público quien es representado por los fiscales hasta el momento del juicio oral, donde el juez emite su resolución respecto a un caso en concreto emitiendo una sentencia condenatoria o absolutoria. Es por ello que nuestro sistema penal ha tomado la postura del sistema finalista en cuanto a la estructura de la teoría del delito, puesto que el juez deberá analizar primero la categoría de la tipicidad objetiva, para luego recién pasar a la categoría de la tipicidad subjetiva.

El juicio de tipicidad debe partir por analizar si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídico-socialmente aceptado para luego recién pasar a abordar la imputación objetiva...sostener un orden inverso, es decir anteponer el análisis del fuero interno al del aspecto externo de la conducta conllevaría sin duda alguna a consecuencias absurdas y arbitrarias en la práctica (Caro Jhon, 2014, pág. 116 y s.s).

En ese sentido, al momento de la probanza del dolo debe realizarse desde una visión cognoscitivista, es decir, a partir de los conocimientos que se tiene del caso en concreto plasmado mediante los actos externos del sujeto activo, determinar si actuó conscientemente y determinar si infringió la norma penal con conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Eso siempre respetando el orden de las categorías del delito, empezando por el juicio de tipicidad si es que no se cumple con los elementos de esta categoría, simplemente la conducta devendrá en un hecho atípico, siendo innecesario analizar las siguientes categorías del delito.

El sujeto activo al momento de realizar la conducta ilícita exterioriza su faz interna a hechos externos, los cuales no solo es uno, sino varios hechos, los cuales deberán ser analizados por el juez desde una perspectiva cognoscitivista, puesto que, ahí es donde viene la tarea del mismo para poder realizar una correcta interpretación de la probanza del dolo.

2.4.6.1. El concepto del dolo en la perspectiva psicológica y normativa en la doctrina

Para entender el concepto del dolo desde la perspectiva psicológica, es necesario recurrir al *inter criminis*, que no es nada más que la mente criminal del autor del hecho ilícito, es por ello que como en un inicio se hablaba de una faz interna y una faz externa. Exactamente tiene que ver el dolo con la realización del plan de este sujeto activo, es importante determinar en qué fase se encuentra el dolo dentro de esta estructura. Ahora bien, durante la fase preparatoria que es la fase final donde se determina qué actos va a realizar el autor, puesto que ya tuvo una ideación, deliberación y resolución, que precisamente es el proceso el cual se lleva a cabo en la faz interna del criminal pasando a los actos preparativos, los cuales son la planeación de cómo se va a llevar a cabo la ejecución del acto ilícito, justamente este es el punto de intersección por así decirlo cuando el autor llega hasta esta fase, simplemente su conducta es impune en relación al dolo, pues, si bien es cierto, tenía todo ya preparado, pero no llegó a concretarse, es decir, no se puede hablar de un delito consumado, si se podría hablar de una tentativa pero básicamente esto tiene fines de reducción de la pena. Sin embargo, el dolo, no se puede determinar de ninguna manera si se queda en esta fase de los actos preparatorios; caso contrario, si pasará a la otra fase ejecutiva, en este caso si se puede determinar que el autor actuó con dolo,

porque su conducta se reflejó en todos los actos externos que éste realizó consumándose el delito. Porque el objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino los hechos externos.

Para poder determinar la naturaleza jurídica del dolo, surgieron dos posiciones distintas por parte de la doctrina, la primera referida a la teoría de la voluntad; la segunda, teoría de la representación, las cuales han estado en un estado no pacífico respecto a la esencia del dolo. Así tenemos al profesor Gonzáles Lagier(s.f.), quien sostuvo 7 argumentos en contra de la tesis cognoscitiva de la prueba del dolo, las cuales son:

- 1) El argumento de la prueba indirecta. Algunas dudas acerca de la validez de la prueba como descubrimiento de los hechos internos tienen que ver con dudas más generales acerca de la aceptabilidad de cualquier prueba indirecta o de indicios. En efecto, está bastante extendida la tesis de que la prueba de indicios, al no versar directamente sobre los hechos enjuiciados, sino sobre hechos distintos (los indicios) a partir de los cuales se pueden inferir los hechos enjuiciados, permite un grado menor de certidumbre acerca de si éstos realmente ocurrieron. El argumento contra el carácter cognoscitivo de la prueba del dolo vendría a decir que la intención solo puede probarse por medio de una prueba de indicios, y que ésta no es realmente una prueba válida, al menos en el sentido de que con ella no se descubre o comprueba ninguna realidad. Sin embargo, la superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no puede tener carácter general: por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado (por lo que, de creerles, éste surge de modo directo e

inmediato'), pero que son en realidad pocos creíbles, puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basadas en una muestra de ADN (que, sin embargo, se conecta con el hecho enjuiciado a través de un razonamiento con más pasos) (...). 2) El argumento de la inexistencia de la intención. Un segundo argumento-ya específico-contra la teoría cognoscitivista de la prueba de la intención consiste en negar la existencia de estados mentales. Por ejemplo, Hruschka señala que 'No existen hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que existen hechos externos. Existen en tan escasa medida como existe la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aún más sencillo en que ningún científico natural, en tanto que tal, daría con estas cosas'.

Por ello, sostiene que 'como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se imputa. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo' (que ahora transmite) y una conclusión lógica (debe ser verdad lo que el testigo narra que presencié). Los argumentos de este tipo suelen fundarse en algunas opiniones que, desde el campo de la filosofía, ponen en duda la existencia de los estados mentales debido a las dificultades para 'encajarlos' en la concepción científica estándar del mundo, de firmes bases materialistas. Al tratar de dar una explicación de las entidades mentales en términos físicos, esto es, de procesos cerebrales o del sistema nervioso, estas teorías sostienen que creer en estados mentales es algo así como una superstición que hay que erradicar, que es como creer que existe-por usar la

expresión de Gilbert Ryle-un fantasma detrás de cada máquina sólo porque no sabemos cómo funciona (...).

- 3) El argumento de la falta de regularidad entre la conducta externa y los elementos subjetivos. Un tercer argumento discurre como sigue: Tratar de inferir los elementos subjetivos de la acción a partir de la conducta observable del individuo exige la existencia de regularidades bien establecidas que correlacionen la conducta externa con las entidades mentales (de otra forma, los indicios-tipo que podamos establecer y las máximas de experiencia que podamos usar para enlazar la conducta externa con la intención no serían fiables). Sin embargo, estas regularidades no existen: un mismo estado mental puede corresponderse con un amplio abanico de acciones distintas (o con ninguna). Por ejemplo, agitar el brazo puede ser una manera de saludar, de amenazar, de pedir auxilio, de dar una señal, etc. A lo sumo, tenemos generalizaciones probabilísticas, pero éstas son insuficientes para alcanzar una certeza adecuada. Ahora bien, el argumento será válido si estas generalizaciones acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales fueran nuestro único criterio para inferir la intención, pero, como trataré de mostrar más adelante, la prueba de la intención no solo descansa en estas generalizaciones, sino también en la presunción de racionalidad del agente. Lo que nos permite atribuir una intención a un agente no es solo el hecho de que el tipo de conducta que realizó es típico de cierta intención, sino el hecho de que esa conducta era racionalmente adecuada a la situación a la que el agente se enfrentaba,

porque-como vemos-actuar intencionalmente consiste en actuar de manera-al menos mínimamente-razional.

- 4) El argumento de la proyección de nuestros estados mentales. Otro argumento es el siguiente: Cuando atribuimos a una persona una determinada intención o un determinado conocimiento, en realidad estamos proyectando de lo que creemos que nosotros hubiéramos querido o sabido en esas circunstancias. Estamos, por tanto, extrapolando nuestros potenciales estados mentales. Hacemos atribuciones intencionales a partir de nuestra propia evaluación de la situación, y esto siempre conlleva la posibilidad de error, debido a peculiaridades desconocidas al agente [...].
- 5) El argumento de la imposibilidad de comprobación. Otras veces el argumento viene a decir que el conocimiento de los hechos psicológicos es imposible porque, a diferencia de lo que ocurre con el resto de hechos, éstos no son comprobables una vez que se ha realizado la atribución. Sólo contamos con los criterios de atribución, y con ningún otro criterio de verificación. Este argumento me parece que es susceptible de dos objeciones: La primera es que sostener que un hecho solo puede ser conocido si puede ser verificado directamente es una concepción ya superada de los hechos y de la epistemología; muchos de los hechos aceptados por los científicos (por ejemplo, ciertas partículas que se supone componen el universo) no son verificables empíricamente de una forma directa, sino deducibles a partir de otros hechos y ciertas teorías. La segunda objeción es que, en la práctica, la mayor parte de los hechos que han de enjuiciarse en un proceso judicial, incluido los externos, tampoco pueden ser comprobados al margen de los

criterios de prueba, ya que ocurrieron en el pasado y no son hechos sobre los que quepa la experimentación. ¿Cómo podemos comprobar que la declaración de hechos probados '¿X mató a Y en el momento t' (al margen de si lo hizo intencionalmente o no) es correcta, al margen de examinar las pruebas e indicios de las que disponemos?

- 6) El argumento de que la verdad no importa en el proceso. Los argumentos anteriores tenían en común que negaban la posibilidad de conocer satisfactoriamente los estados mentales (bien porque no existen, bien porque no hay un método adecuado para su conocimiento fiable), pero otras veces se sostiene que la prueba de la intención no debe o no tiene por qué ser una cuestión de descubrimiento (no que no pueda serlo). A esta posición se puede llegar por dos vías: la primera-de carácter general- es la negación de que la verdad sea un objetivo que haya que perseguir en el proceso; la segunda niega que la intención sea relevante en los tipos penales. La primera vía se vincula con tesis más generales acerca de la finalidad de la prueba, como cuando se niega que la prueba sea un instrumento de conocimiento de la verdad (o de la verdad como correspondencia con la realidad) y se la presenta como un instrumento de persuasión o convencimiento del juez (o para llegar a algún otro tipo de 'verdad', como la 'verdad formal'). Estas tesis van unidas a una concepción del proceso como medio de resolución de conflictos, en donde no importa tanto la justicia de la decisión como alcanzar una solución. El argumento, en definitiva, es que la verdad como correspondencia con la realidad no importa en el proceso y, por tanto, tampoco importa respecto de los hechos

internos. Este argumento general puede ser refutado, como hace Taruffo, mostrando, por un lado, que la concepción persuasiva de la prueba es solo una visión parcial del funcionamiento y los objetivos del proceso (pues pone el acento en la perspectiva del abogado, olvidando la perspectiva del juez) y señalando, por otro lado, la necesidad, para que la decisión judicial sea justa, de que se hayan comprobado, en la mayor medida posible dentro del contexto judicial, que efectivamente se han producido los hechos que describen en el supuesto de hecho de la norma (lo que requiere una teoría de la verdad como correspondencia en el ámbito de la prueba jurídica).

- 7) El argumento de la irrelevancia de la intención. En el ámbito de la doctrina penal existen algunos planteamientos que puedes conducir a sostener que la intención es un dato irrelevante y, por tanto, no es necesario dirigir esfuerzos a tratar de probarla. El punto de partida consiste en plantearse cuál es el fundamento de que las conductas dolosas merezcan una sanción mayor que las conductas imprudentes, lo que suele llevar a plantearse cuál es el fin de la pena. Una posible respuesta es la aportada por Günther Jakobs, para quien la finalidad de la pena es lo que este autor llama prevención general positiva la pena-a diferencia de lo que sucede con la prevención general negativa- no se dirige a la generalidad como si se tratase de un arsenal de futuros delincuentes potenciales a los que hay que intimidar. La pena se dirige al ciudadano fiel al Derecho (...) El contenido de la norma no lo conforma el que el autor no vuelva a delinquir en el futuro, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la norma. En palabras de García Amado, quien

resume con suma claridad la idea de Jakobs: 'El delincuente expresa con su conducta que se guía por diversos patrones de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, 'va por libre'. Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla, El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que tienen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. (González Lagier, s.f., pág. 4 y s.s.)

En la misma línea, encontramos al autor Ragués I Vallés(2001), quien critica a la tesis psicológica, señalando:

Que presenta un grave problema: su baremo-la realidad psíquica-no puede determinarse y, en tal medida, la única igual de trato que puedes garantizar es la absolución de todos los acusados. Como ello no parece posible en la actual sociedad, pues las necesidades de condena permanecen, en la práctica se suele producir una quiebra entre los postulados teóricos de la perspectiva psicológica y los criterios empleados para su aplicación

práctica que, efectivamente, puede dar lugar a desigualdades. De acuerdo con esta idea, puede ser cierto que las perspectivas normativas garanticen una mayor igualdad, pero solo si éstas explicitan, en primer lugar, los parámetros que proponen para afrontar la resolución de los casos y, en segunda instancia, si dichos parámetros se aplican siempre de manera uniforme a todos los supuestos. (pág. 319)

Como se aprecia, estos son algunos argumentos que critican la tesis cognoscitiva de la prueba del dolo.

El dolo como metaconcepto es, por su parte, la teoría que se elabora para explicar el concepto objeto y para establecer cuáles son los hechos o datos facticos que deben contar como relevantes para un caso doloso. Tales hechos serán los que permitirán emitir una determinada valoración acerca del caso en el que aparecen como relevantes, y esa valoración es precisamente aquello en lo que el dolo consiste. Son esos hechos (psíquicos, físicos e institucionales) los que deben ser probados para que pueda decirse que el caso es doloso. Pero el dolo no es ninguno de esos hechos y él, por tanto, no es lo que debe ser probado en el proceso. Para decirlo nuevamente con el ejemplo de la lesión corporal: cuando decimos que ella es grave, lo que constatamos empíricamente no es su gravedad, sino un hecho (como por ejemplo la deformación permanente de un rostro) que es interpretado o valorado como grave por un estándar determinado. Pues bien: dolo e imprudencia no son hechos, sino esos estándares a partir de los cuales un hecho se valora más o menos como grave. Y vale aclarar de que el hecho de que sea necesario que una propiedad normativa de un caso individual

pueda ser traducida a palabras con contenido empírico para ser subsumible en un caso genérico no torna empírica a esa propiedad. Una cosa es la propiedad valorativa y otro los datos facticos que permiten emitirla. Como consecuencia de lo que acaba de indicar, el dolo no puede ser un hecho (ni psíquico, ni físico, ni institucional), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un juicio adscriptivo, en el sentido de Hruschka. (Hrukchka, 2009, pág. 155)

Pues “dolo” no es un estado mental que se atribuye a una persona, como sí lo son el conocimiento, la intención, etc. Ninguno de esos estados mentales es el dolo. La presencia o la ausencia de conocimiento de voluntad o de cualquier otro dato empírico, psíquico o físico, no dice nada, per se, acerca de la presencia o ausencia del dolo. Obviamente, tanto el conocimiento como la voluntad son necesarios para orientarse en el mundo. El dolo, en cambio, no forma parte del dolo sino del derecho. Y es el dolo como categoría jurídica el que desde el derecho establece como corresponde que sea valorada jurídicamente una determinada orientación fáctica. Puede decirse, por ejemplo, que “querer” incluye no solo a las consecuencias principales sino también a las consecuencias accesorias de la conducta, esto es, que incluye al complejo total del suceso. Pero no se necesita al derecho para afirmar eso, pues se trata de un enunciado puramente fáctico. Lo que tiene que establecerse desde el derecho es si querer una determinada consecuencia principal o accesoria, es relevante, o no, para considerar a un caso como doloso. Y allí entra en acción el concepto de dolo. El concepto de dolo está conformado por lenguaje y desde el lenguaje que se lo describe

o reconstruye. De allí que en esta tarea de reconstrucción conceptual no pueden estar ausentes categorías propiamente lingüísticas (y por eso se estructura este trabajo a partir de una aproximación sintáctica, semántica y pragmática), y que, así como cabe distinguir entre lenguaje-objeto y metalenguaje, sea necesario distinguir entre un concepto-objeto y un metaconcepto del dolo. Con lenguaje nos referimos al dolo y lo empleamos como concepto (y ese es el concepto-objeto del dolo), con lenguaje elaboramos una teoría para explicar ese concepto-objeto (y esa teoría es el metaconcepto de dolo). (Ragués I Vallés, 2001, pág. 566).

Por otro lado, encontramos autores a favor de la posición normativista, así lo señala el autor Ragués I Vallés(2001):

Cuando en el tipo de injusto parecen incorporarse requisitos como 'voluntad', 'intención' u otros fenómenos psíquicos, éstos deben simplemente interpretarse como factores externos que resulten reconocibles de forma objetiva al juez y que admitan como posible la hipótesis de los fenómenos psíquicos en cuestión. Lo que el juez debe determinar en ciertos casos no es la verdadera voluntad o la verdadera intención que pertenecen al tipo de injusto-que en absoluto puede constatar-sino que lo que debe determinar son circunstancias externas con base en las cuales el juez presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos. (pág. 296).

En la misma postura de la normatividad, el autor Detlef Kraub, quien es citado por el profesor Ragués I Vallés(2001), señala:

La dogmática reduce la problemática psicológica del dolo y tipifica este concepto en la superficie de las categorías socialmente comprensibles del conocer y el querer, sino también que “el problema de delimitación de dolo e imprudencia es un problema de valoración social de un determinado hecho psicológico expresado objetivamente en una acción”. (pág. 296)

Otro autor que está a favor de la misma postura es Joachim Hruschka, quien también es citado por el profesor (Ragués I Vallés, 2001), señala: “Como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se imputa. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo. (pág. 300)

Asimismo, existen posturas que critican a la tesis normativista, uno de los autores es Muñoz Conde, quien es citado por el profesor Ragués I Vallés(2001):

(...) cualquier tipo de valoración (sea puramente normativa o producto de planteamientos psicológico, colectivos o interaccionistas) tiene que partir de la realidad psíquica a que se refieren los elementos subjetivos, porque ésta es la única manera de “evitar aberraciones”. Otra crítica que se le realiza a esta postura es el hecho que las perspectivas normativas renuncien a la subjetividad del autor penal y empleen criterios de corte objetivo, como el sentido social de la conducta realizada. (pág. 300)

En ese sentido, sale a defender la postura normativista una vez más el autor Ragués I Vallés(2001) quien refuta estas críticas, a favor de la tesis normativa, señalando:

Si no se renuncia psicológica como objetivo del proceso, el Derecho Penal devendría inefectivo y los perjuicios que se derivarían de tal inefectividad para el conjunto de la sociedad serán globalmente superiores a los que

pueden causarse imputando dolo a algunos sujetos que tal vez, no hayan contado de un modo efectivo con los conocimientos requeridos por semejante título de imputación. (pág. 305)

Además, existen posturas a favor de la tesis psicológica, como el profesor Terragni(2009), quién sostiene:

El conocimiento y la voluntad son manifestaciones de la mente; la unión de ambos no da como producto otra creación psicológica a la que se le puede llamar dolo. Dolo es una expresión jurídica, que identifica la importancia que se le asigna a ese fenómeno psicológico. En otras palabras: el dolo parte de un daño subjetivo al que el Derecho le asigna un juicio de valor. (pág. 25)

Ahora bien, una vez expuesto los autores y las tesis que sostienen o critican, se va a citar al autor Feijoo Sánchez(2004) quien tiene un punto muy interesante, cabe precisar que el defiende la postura normativista, señala:

El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que deben ser determinados por la ciencia dogmática y la jurisprudencia mediante la interpretación del Derecho positivo. Dolo e imprudencia son ideas cuya inteligencia depende las normas penales. (pág. 15)

Como se puede desprender de todos los argumentos esgrimidos, se denota que existen algunos argumentos que son válidos, pero otros que no se comparte, en el sentido de que el derecho penal se aplica con el derecho procesal penal, es por ello que no solo se debe remitirse a la teoría pura del dolo, si bien es cierto la dogmática jurídico-penal ya ha establecido los parámetros de esta figura penal que justamente por su carácter subjetivo, es complejo poder probar el dolo del autor, toda vez que existen barreras de

subjetividad y juicios valorativos dependiendo de cada operador jurídico, en ese sentido, se denota que cada tesis tiene su naturaleza jurídica y juristas que defienden las mismas por los argumentos ya esgrimidos en sus diversos trabajos de investigación. Este tema de concepto del dolo, específicamente al momento de probar o acreditar el mismo se considera que debe estar apegado más a la postura normativista por un tema de acreditar el dolo en un proceso penal más aún donde el tipo penal que se le imputa solo cabe en calidad de doloso, sin embargo, esto no quiere decir que se comparta las otras tesis, al contrario. Es necesario tomar en cuenta el tema del famoso conocimiento del autor que es una de las tesis que sigue en la actual discusión de la doctrina.

2.4.6.2. La Teoría del Conocimiento

2.4.6.2.1. ¿Qué es el conocimiento?

La teoría del conocimiento, como lo señala el profesor Quiroz Salazar(2014):

Debe partir del fenómeno y objeto de conocimiento y orientarse continuamente por él antes de intentar construir la teoría del conocimiento humano. El científico debe tratar de tener ante sus ojos el peculiar fenómeno de la conciencia llamado <<conocimiento>> y describir en sus rasgos esenciales lo que ve; debe estar libre de o liberarse de toda opinión preconcebida y de ninguna manera debe realizar interpretación subjetiva con su descripción del fenómeno...En otras palabras, tengo que estar enterado de la verdad de mi conocimiento, tener certeza. (págs. 68-69)

Asimismo, existen tres diferentes niveles de conocimiento por parte del ser humano, los cuales son:

- a) El conocimiento sensible, el cual consiste en percibir un objeto por medio de los sentidos. Los ojos y los oídos son los principales sentidos utilizados por el ser humano-tal es el caso de las imágenes captadas por medio de la vista, gracias a ella podemos almacenar en nuestra mente las imágenes de las cosas con color, figura y dimensiones. Los impulsos o sensaciones del medio ambiente donde nos hallamos impresionan nuestros sentidos, luego se registra en la mente y surge determinado entendimiento sobre los mismos. Estas imágenes conservan vestigios de particularidad de los objetos de los que provienen, pues el todo, como tal, todavía no ha sido captado. Caso aparte sucede con otros seres, como los animales, que desarrollan distintos y múltiples sentidos para captar las cualidades de las cosas.
- b) El conocimiento conceptual, el cual consiste en representaciones invisibles, inmateriales, pero universales y esenciales. La principal diferencia entre el nivel sensible y el conceptual reside en la singularidad y universalidad que caracteriza, respectivamente, a estos dos tipos de conocimiento. El conocimiento sensible es singular y el conceptual universal (...).
- c) El conocimiento holístico (también conocido como intuitivo), en este nivel tampoco hay colores, dimensiones ni estructuras universales como es el caso del conocimiento conceptual. Intuir un objeto significa captarlo dentro de un amplio contexto como elemento de una totalidad, sin estructuras ni límites definidos con claridad (...). La principal diferencia entre el conocimiento holístico y conceptual reside en las estructuras. El primero carece de estructuras, o por lo menos, tiende a prescindir de ellas. El

concepto, en cambio, es un conocimiento estructurado. Debido a esto, lo percibido a nivel intuitivo no se puede definir (definir es delimitar), se capta como un elemento de una totalidad, se tiene una vivencia de una presencia, pero sin poder expresarla adecuadamente. Aquí está también la raíz de la dificultad para dar ejemplos concretos de este conocimiento. Intuir un valor, por ejemplo, es tener la vivencia o presencia de ese valor y apreciarlo como tal, pero con una escasa probabilidad de poder expresarla y comunicarla a los demás. Un ejemplo de conocimiento holístico o intuitivo es el caso de un descubrimiento en el terreno de la ciencia. Cuando un científico deslumbra una hipótesis explicativa de los fenómenos que estudia, podemos decir que ese momento tiene un conocimiento holístico, es decir, capta al objeto estudiado en un contexto amplio en donde se relaciona con otros objetos y se explica el fenómeno, sus relaciones, sus cambios y sus características. El trabajo posterior del científico, una vez que ha vislumbrado una hipótesis, consiste en traducir en términos estructurados (conceptos) la visión que ha captado en el conocimiento holístico, gracias a un momento de inspiración. La captación de valores nos ofrece el mejor ejemplo de conocimiento holístico. Podemos ver a un ser humano enfrente de nosotros (esto es un conocimiento sensible o de primer nivel). Podemos captar el concepto de hombre y definirlo (esto es un conocimiento conceptual o de segundo nivel). Pero, además, podemos vislumbrar el valor de este hombre en concreto dentro de su familia. Percibimos su valor y lo apreciamos. (Quiroz Salazar, 2014)

2.4.6.2.2. El conocimiento como proceso psicológico en el hombre

Todo ciudadano, desde que nace empieza a adquirir el conocimiento en los diferentes aspectos, de acuerdo a sus realidades y calidad de vida, tal como lo señala Quiroz (2014):

En todo ciudadano el conocimiento marcará y ha marcado una huella interna en su consciencia. El transcurrir de los años, la educación adquirida, su cultura, el sistema social que lo rodea, las enseñanzas de los padres, el fortalecimiento o decrecimiento de los valores son lo que le irán enseñando experiencias, saberes, palabras e irá diferenciando conceptos, los cuales le permitirá discernir, distinguir lo bueno de lo malo, lo ilícito de lo lícito. Estas situaciones o estado de cosas son le posibilitarán conocer, desenvolverse y evolucionar dentro de un entorno social. (pág. 71 y 72)

Asimismo, el autor Terragni(2009), señala:

El hombre conoce cuando ha grabado en su consciencia experiencias, palabras y conceptos que tiene a su disposición en la memoria para reproducir la vivencia, entender la expresión, la idea oral o escrita que escucha u observa; cuando dice o describe lo que quiere significar, guardando correspondencia con la comprensión general del resto de las personas de su entorno. En este orden, quien conoce aludiría a su comportamiento sosteniendo que <<sabe lo que hace>>, lo que incluye las consecuencias que puede prever derivadas de su conducta. El sujeto aprehende la situación global. Por supuesto que para determinar que hay dolo no es suficiente la representación pura y simple, sino que lo decisivo es observar la actitud del

sujeto frente a esa representación, disposición que se revela en actos que se proyectan en el mundo exterior. El conocimiento del autor debe recaer sobre los elementos objetivos del tipo: en su caso, el sujeto pasivo o el objeto material del ataque que dirige, la acción misma y la manera en que esta se endereza hacia el efecto. (pág. 34 y 35).

En esa misma línea, agrega: Se dice que los juristas son tributarios de la palabra (expresión sintética de una idea) y dejamos de lado la evidencia de que hay otra forma de conocimiento, que es la gráfica, la cual aprehende la imagen de algo con independencia de los vocablos que lo describen. Por eso alguien puede conocer (vincular la imagen a la experiencia) sin que existe traducción de esa inteligencia al lenguaje. A veces el sujeto se encuentra imposibilitado para efectuar ese traslado porque no dispone de los medios para hacerlo, ya sea porque lo que observa le es totalmente novedoso o porque su riqueza lingüística es escasa. De todas maneras, al efecto de considerar que concurre el conocimiento que requiere el dolo, es suficiente que este haya sido incorporado a través de imágenes o habilidades mentales adquiridas. Se puede ilustrar esta reflexión utilizando una observación frecuente: Llama la atención como los cajeros de bancos cuentan los billetes; lo hacen a una velocidad tal que el cliente no puede seguirlos, pues en tanto este traduce mentalmente el movimiento de los billetes en números (y ello lo hace lento su cálculo), los cajeros o trasladan el paso de cada billete por sus dedos a la imagen mental de las cifras o, en su caso, lo hace por decenas. Pero que no se represente cada número en la mente del cajero no significa que no tenga conocimiento de la cantidad parcial o final.

Llevada esta observación al terreno general, para trazar el límite cognitivo del dolo, más allá del cual no hay conocimiento, es suficiente la incorporación mediante los sentidos (vista, oído, olfato, gusto y tacto) de una experiencia. Así, un ciego ha ensayado obturar el paso del aire hacia el interior de un mamífero, tapándole las fosas nasales y la boca, advirtiéndole como cesan los movimientos casi de inmediato, sabrá que si hace lo mismo con un hombre que odia lo estará matando. Habrá dolo, aunque no englobe esa idea en la palabra matar. (Terragni, 2009, pág. 34)

En ese sentido la apreciación del autor Quiroz Salazar(2014), respecto a esta postura: Este es el mínimo razonamiento lógica que una persona debe tener cuando se encuentra frente al inicio de una posible acción delictiva; lo que quiere el dolo es que conozca las circunstancias en que da inicio o ejecuta una conducta prohibida, es decir, que lo realice en forma consciente sabiendo la significancia social de su actuar, si se demuestra judicialmente que no lo pudo conocer al no haber podido salir de la ignorancia estaremos frente a un caso de error de tipo o tal vez en error de prohibición en caso hubiera desconocimiento total de la ilicitud. (pág. 73)

En esa misma línea Terragni(2009), concluye con respecto al proceso de formación del conocimiento del hombre que:

Se adquiere observando y experimentando. El hombre recurre al saber que ha acumulado cuando necesita de él. No significa, empero, que la información aparezca con las mismas formas e igual extensión que las que tuvo al ingreso, pues se mezclará con las emociones particulares de cada momento

(...) sostiene que “toda acción tiene motivaciones inconscientes y también que la actividad psíquica en modo alguno se reduce a la de nivel consciente”, en los siguientes términos, que el conocimiento pasa por dos momentos: “Uno es el de incorporación a la psiquis, teniéndolo disponible mediante un esfuerzo consciente. El otro fenómeno consiste en el hallazgo posterior del dato y en traerlo para su uso en el momento en que se lo necesite. Si esto último no ocurre, si la actividad inconsciente obstruye el canal de retorno, lo que se toma en cuenta es la actividad inconsciente, sino la ausencia de un conocimiento actualizado”. (pág. 37)

Llegando a realizar una conclusión correcta respecto al conocimiento para aplicarlo en el ámbito judicial, es la postura del autor Quiroz Salazar(2014), quién señala:

(...) estimamos que en calidad de intérprete u operador judicial para atribuir la comisión de un ilícito a un ciudadano se debe evaluar dentro del contexto social: primero, si tiene la capacidad penal a efecto de conocer si pudo discernir internamente lo que iba a realizar; segundo, si pudo conscientemente despejarse de las dudas e ignorancias o ausencia de conocimiento de su futuro actuar; tercero, si sabía de las consecuencias de su acto antes de dar inicio a sus actos externos. Estas variables nos confirmarían que el conocimiento en él fue actual, potencial y conocía de la significancia social al infringir la ley penal. (pág. 74)

Ahora bien, el tema del conocimiento del autor está determinado por parámetros que son analizados al momento de juzgar la conducta dolosa de éste. Pues se necesitan precomprensiones de parte de las diferentes conductas que pudiera ocurrir en la

realidad, puesto que éstas mismas ayudarían en dar un acercamiento a un correcto análisis, es precisamente donde la teoría nos aporta mucho para poder dar soluciones a este tema. Al respecto de qué conocimientos debe tener el autor al realizar la conducta ilícita:

El dolo es, es su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias. En segundo lugar, la concurrencia de dicho conocimiento en un caso concreto se determina acudiendo a reglas que permiten establecer cuando, a partir de un determinado sustrato fáctico, se entiende que un sujeto es conocedor de tales circunstancias. Éstas últimas reglas tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos, anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto al cual debe determinarse la realización consciente. De acuerdo con estas ideas, toda afirmación de que una conducta ha sido efectivamente llevada a cabo de forma dolosa requiere de tres presupuestos: que se sepa que es el dolo, que se sepa cómo determinarlo y que se cuenta con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente. (Ragués I Vallés, 2001, pág. 363)

Asimismo, hace un llamado a la reflexión situándose a partir del análisis del dolo dentro del derecho penal señalando:

¿Cuál sería la mejor dominación? dolo como conocimiento o dolo como conocimiento determinado a partir del sentido social de un hecho. Señala que depende de los intereses de quién vaya a emplearla. A una dogmática jurídico-penal solo preocupada por establecer en abstracto las características de esta entidad ideal denominada “delito”, le basta con la

primera; por el contrario, a una dogmática interesada por analizar todas las condiciones que tienen que darse en la práctica para que se afirme de modo efectivo la comisión de un delito solo podrá resultarle útil la segunda. Acoger una u otra opción tiene sus costes: si se opta por la primera corre el peligro de que enormes esfuerzos por crear los conceptos teóricos más depurados acaben resultando del todo baldíos cuando estos traten de ser llevados a la práctica. Sin embargo, las dificultades no son menores si se acoge la segunda, pues los factores que se toman en cuenta en la práctica para que se acabe reputando delictivo un comportamiento van más allá del análisis y de las características de éste. La dogmática basada en esta segunda opción tendría que abandonar el mero análisis y posteriores a este, que ya deberían ser tenidas en cuenta al enunciar sus conceptos (...) No se trata aquí de aceptar una de las anteriores opciones y de rechazar la otra, pues, con sus problemas específicos, los dos resultan posibles, y la elección depende, como se ha dicho, del modelo de interpretación que libremente decida acoger cada jurista. Sin embargo, desde un punto de vista personal, se entiende que el modelo tradicional (la primera opción) puede seguir siendo válido y, en muchos aspectos, presenta tal sencillez que facilita la explicación y discusión teórica acerca del delito como entidad ideal. De todos modos, esta opción por la primera modalidad de análisis no implica que deban dejarse absolutamente de lado importantes aspectos de la segunda. Esto puede lograrse si en la elaboración abstracta de conceptos se tiene ya en cuenta en qué condiciones tales conceptos van a poder ser aplicados, especialmente en ámbitos de la discusión tan sensibles en su

aspecto práctico como la causalidad, el tipo subjetivo o la imputabilidad.

(Ragués I Vallés, 2001, pág. 364 y 365)

Por otro lado, existe un criterio que siempre se analiza en las sentencias con relación a la conducta del sujeto activo, se hace referencia al principio de imputación el cual consiste en atribuirle una conducta ilícita al sujeto activo basado en el criterio de que esta persona es imputable o no. En nuestro ordenamiento jurídico lo regulado el código civil, las personas imputables son mayores de 18 años que cuentan con capacidad de discernimiento, es decir, diferenciar lo bueno de lo malo, salvo excepciones que se encuentran personas con problemas de salud mental tal como lo regula el mismo dispositivo normativo. Justamente es este criterio que es el primer criterio el cual se usa para partir el análisis de la conducta de una persona. Punto importante para determinar si tenía conocimiento de los elementos objetivos al momento de realizar la conducta.

Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar al injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación) o según su representación (tentativa). Los pormenores se estudian en la teoría de la participación y de la tentativa. No basta el tipo subjetivo concurra sólo

antes de la acción ejecutiva (no existe el *dolus antecedens*). (Jakobs, 1997, pág. 309 y 310).

Así también se encuentra a otro autor que defiende la tesis volitiva y señala:

El dolo es la consciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue, por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto del dolo. El elemento intelectual consiste en la consciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo. En un sentido más estricto, comprende la consciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción de resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado y el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado. El autor, hace conocer, por tanto, la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. La consciencia de la antijuridicidad de la acción no es, como veremos, un elemento del dolo en nuestro código. Tampoco comprende el dolo la consciencia del desvalor ético-social o de lo injusto material de la conducta, desde el momento en que no es viable en nuestro código (refiriéndose al español) la teoría de los elementos negativos del tipo. La consciencia de lo injusto material falta si el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación y, no obstante, se mantiene la responsabilidad dolosa. El conocimiento del dolo debe comprender necesariamente los elementos

objetivos de las circunstancias agravantes y atenuantes que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto y que son utilizadas por el código para la formación de tipos agravados (calificados) o atenuados (privilegiados). Estas circunstancias son elementos del tipo de lo injusto calificado o privilegiado. (Cerezo Mir, 2008, pág. 438 y 439)

Además, tenemos al profesor mexicano Baeza Pérez(2010), quién se adhiere a la postura del conocimiento a partir de un punto normativista, el señala:

Tendrán que determinarse, la conducta, la manera de su realización, los medios utilizados, todas las circunstancias objetivas que incidan o puedan incidir para demostrar que el autor de un comportamiento típico, conoció los elementos objetivos del tipo penal concreto que realizó. Habrán de ser tomadas en cuenta, también las circunstancias, tiempo, modo y ocasión, del hecho realizado en forma activa u omisiva. Y si de ese análisis resulta que el sujeto no conoció algunos de los elementos descriptivos o normativos, de manera concreta, que conforman la descripción legal podríamos estar en presencia de una conducta imprudente. (pág. 260)

Para el jurista peruano, quién sigue la posición de Jakobs respecto a este tema del conocimiento del dolo, señala:

El dolo se halla conformado solo por el conocimiento, lo que significa que, para afirmar su existencia, bastará con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica. (Caro Jhon, 2014)

En efecto, es defensor de la tesis normativa, señalando:

El juicio de imputación subjetiva a partir de una teoría volitiva llevaría a ofrecer una misma respuesta para ambos casos, pese que el primero revela una conducta ostensiblemente más desvalorada que el segundo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. En efecto, ante la ausencia de un elemento volitivo o intencional, se tendría que afirmar que la conducta en ambos supuestos es meramente imprudente. Sin embargo, esta solución se muestra manifiestamente arbitraria, pues la imputación no puede depender de la posibilidad absolutamente aleatoria de que el autor sea un empedernido optimista o un simple temerario. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto “no haya querido” ocasionar el resultado lesivo, “haya confiado” en que el resultado no se iba a producir o que no se “haya tomado en serio” la realización de dicho resultado. Lo que interesa a la imputación subjetiva, antes bien, es que el sujeto conozca la situación concreta de riesgo, esto es, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance, enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado lesivo que esa situación pueda producir, no pudiendo dejar al azar esta cuestión ni eximirse de responsabilidad (a título de dolo) por esas consecuencias lesivas”. (Caro Jhon, 2014)

En esa misma línea, sigue argumentando que habrá dificultades para quienes sostienen la postura psicológica:

En los supuestos de delimitación de ámbitos de responsabilidad en los fenómenos complejos que caracterizan a las sociedades modernas. Puntualmente señala: así pues, existen dos ámbitos que evidencian claramente la dificultad del psicologismo para explicar la imputación subjetiva: a) el de los conocimientos especiales en las conductas neutrales, y b) la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. (Caro John, 2010, pág. 171)

Ahora bien, es importante destacar el trabajo de investigación sobre el dolo, del profesor Quiroz(2014), quién también es defensor de la tesis normativista, el cual llegó a conclusiones respecto a porque defiende esta postura, se resalta las más importantes, las cuáles son:

- 1) En la consciencia del sujeto quedan grabados los procesos de percepción, aprendizaje y pensamiento que se dieron a nivel de la corteza cerebral en el proceso psicológico de la persona humana y es en el SNC (sistema nervioso central) donde se produjo la respuesta al estímulo antes que el agente iniciara la manifestación de su conducta al mundo externo o el rechazo a la norma penal. La respuesta que produjo la percepción, aprendizaje y pensamiento son procesos cognitivos que desenlazaron la ideación, liberación y resolución criminal, pero que dentro de la faz interna concluyen siempre en pensamientos. En el Derecho penal existe unanimidad respecto a que con el pensamiento no se delinque “*cogitation ives poenan nemo patitur*” por el contrario, es una garantía penal y procesal penal para los ciudadanos. El pensamiento pertenece a la faz interna del agente y no a la fase ejecutiva del delito, en donde se atribuyen y acreditan los actos externos ejecutados en forma individual que constituyen el

contexto social significativa para el Derecho penal, siendo así el fuero interno queda al margen como objeto de imputación jurídica, 2) Si las acciones del agente desbordaron lo socialmente permitido por la norma nos encontraremos con la significancia social o la relevancia que le interesa al Derecho penal. Los actos externos desplegados por el agente hicieron daño al bien jurídico tutelado por la norma penal y que es congruente con lo que protege el principio de dañosidad social de la conducta, que enfatiza en el disvalor de la acción y que se manifiesta en aquellas conductas que eliminan o afectan de manera inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social, 3) La probanza judicial del dolo se realiza a partir de los actos externos acreditados o refutados por las partes intervinientes en el juicio oral que han sido declarados probados por el juez; y es a partir de ellos-vía inferencias probatorias-que se atribuye, al sujeto activo, haber tenido conocimiento de la infracción del deber antes de la manifestación de su conducta al mundo externo. Así, el juez, en el rol de observador, puede probar desde lo externo lo que conscientemente realizó el autor. Este proceso de deducción probatoria es negado por los partidarios de la corriente psicologista, quienes sostienen, por el contrario, que el conocimiento se prueba desde la faz interna (mente del agente) hacia el contexto social delictual. Es decir, desde lo que deseaba, quería y voluntariamente realizó el agente en el mundo externo, 4) El dolo no es un hecho por tanto no pertenece al mundo, por el contrario, es un concepto jurídico que lo define el legislador; es partir a partir de sus baremos

normativos que se efectúa el juicio de imputación subjetiva para determinar si el hecho actuó conscientemente. (pág. 65 y 67)

2.4.6.2.3. El conocimiento en el proceso judicial

Ahora bien, adentrándose netamente al proceso penal, siendo las etapas del mismo: a) la investigación preliminar, la cual está conformada por las diligencias preliminares y la investigación preliminar propiamente dicha; b) La etapa intermedia, y; c) La etapa de juzgamiento o juicio oral. Cabe hacer la precisión respecto a que la etapa de la investigación preliminar está dirigida netamente a la investigación por parte del Ministerio Público representado por los fiscales salvo las excepciones que se presenten como lo son los procesos especiales que tienen como fin la celeridad procesal como la terminación anticipada, el cual está regulado en el artículo 468 del código procesal penal, en el numeral 1) señala: “A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del Art. 336 y hasta antes de formularse la acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada(...)” en ese sentido, si bien es cierto, es un proceso especial de simplificación que cuenta con requisitos de procedibilidad y admisibilidad, que una vez cumplido los mismos, pueda pasarse a una terminación anticipada, sin embargo, el hecho de que el fiscal y el imputado representado por su abogado defensor puedan llegar a un acuerdo respecto a la pena y a la reparación civil, no quiere decir que el fiscal en primer lugar deba realizar un juicio valorativo respecto del caso para determinar si es factible llevarlo por un proceso de terminación anticipada, no solo porque sea por un tema de celeridad procesal sino porque el mismo tenga la convicción y la certeza de que el imputado es responsable del delito que se le imputa,

en ese mismo sentido, el juez como operador jurídico debe realizar un juicio valorativo respecto del caso en concreto y determinar si se crea convicción en el juez; caso contrario, debe rechazar el acuerdo de terminación anticipada, tal como muy bien lo señala el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, que señala en el fundamento 12. El análisis que corresponde al juez penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último, el juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal. Es claro, atento a lo expuesto, que el juez debe desaprobado el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional, en ese sentido, se comparte la posición del acuerdo plenario citado, puesto que si bien es cierto, la naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada es la celeridad procesal o simplificación procesal, esto no quiere decir, que tanto el fiscal en primer lugar y el juez realicen un control respecto a la calificación jurídica de los hechos, deben realizar este análisis porque estamos dentro de un proceso penal, donde la presunción de inocencia es un principio que se respeta desde el inicio de la investigación, hasta demostrarse lo contrario con una sentencia firme. Ahora bien, dentro del acuerdo

plenario en sus argumentos expresan que parecería un contrasentido por ejemplo absolver a un imputado en este proceso de terminación anticipada, eso quiere decir, que es posible realizar esta absolución si por ejemplo la conducta es atípica.

Por lo tanto, en este tipo de proceso especial tal como es denominado por el código procesal penal peruano, se puede advertir que existen algunas deficiencias en el sentido de análisis con respecto al tipo penal imputado al investigado y es por ello el comentario respecto a la naturaleza del mismo, puesto que, no solo se trata de la consensualidad de las partes o el acuerdo que llegaron el Ministerio Público con el imputado representado por su abogado defensor. Justamente se resalta la labor del juez para realizar un control sobre este acuerdo porque prima la naturaleza del derecho penal sobre una naturaleza particular que en este caso es un proceso especial.

Ahora bien, siguiendo las etapas del proceso penal, después de emitida la disposición de conclusión de la investigación preparatoria, continua la etapa intermedia donde se decide acusar o sobreseer el caso en concreto, cabe recordar el principio de objetividad que rige al Ministerio Público, el cual significa que si dentro de las investigaciones realizadas por el fiscal (actos de investigación), se han recolectado los elementos de convicción y medios probatorios que generen la convicción al fiscal de que efectivamente se ha dado la comisión de un delito por parte del investigado, correspondería la acusación; en caso contrario, correspondería el sobreseimiento del caso en concreto tal como lo dispone el código procesal penal peruano. En ese sentido, corresponde al fiscal realizar un análisis respecto del tipo penal y los hechos denunciados para determinar si efectivamente se ha dado la presunta comisión de un delito por parte del imputado. Una vez realizado todo este respectivo análisis,

corresponde pasar a una audiencia de control de acusación, la cual es una etapa de “filtración”, puesto que aquí, se determinará qué elementos de convicción proceden como pertinentes, conducentes y útiles para el juicio oral, una vez determinado todo ello, se emite el auto de enjuiciamiento.

Pasando finalmente a la última etapa del proceso penal, que es la etapa de juzgamiento o juicio oral, es precisamente en esta etapa donde se dará un mayor énfasis respecto al análisis por parte del juez (unipersonal) o jueces (colegiado).

La cognición se adquiere y logra en el juicio oral. El juicio oral no es un proceso investigativo sino de confirmación o comprobación procesal. Este es el único momento en donde se tienen que demostrar válidamente las hipótesis que las partes han construido planificada y sostenidamente en la fase investigatoria que intentarán demostrarla en forma pública observando las reglas de la contradicción. Si lo realizan de forma suficiente el juez irá adquiriendo y percibiendo el conocimiento de lo que fue el suceso criminal, así como el estado anterior de las cosas hasta tener certeza de las hipótesis. El tener la certeza al finalizar el proceso penal es aceptar y declarar como verdaderas las afirmaciones de la hipótesis cuyas razones en el debate contradictorio fueron inconsistentes, sólidas, lógicas y generaron verosimilitud en el sujeto cognoscente. Dentro del proceso, el juez es el sujeto cognoscente conforme a la teoría del conocimiento. Es quién tiene que lograr los objetivos que le exige el objeto por conocer. Entonces, si en el proceso penal su deber es la probanza el dolo del autor a partir de los hechos probados, -el juez- está obligado a aprehender gnoseológicamente la

prueba del conocimiento que el sujeto tuvo antes de dar inicio a la infracción del deber. Para ello debe recorrer retrospectivamente por toda la fase sensorial-sensación, percepción y representación-y, luego, la fase lógica cognitiva-concepto (significado de la estructura conceptual para comprenderlos), y juicio racionio-, a fin de no equivocarse en sus juicios y racionios sobre la corrección de las razones y conclusión final. El sujeto cognoscente del proceso judicial, antes de afirmar que no tiene la convicción judicial debe haber recorrido y ejecutado con el máximo rigor científico todo el análisis probatorio; si usó inferencias probatorias debe describir los pases con la argumentación respectiva; ello importa porque ha de plasmarlo todo en la sentencia. Afirmer que <<tiene duda>> no debe asimilarse o equipararse a que ya no tiene la obligación de hacer el análisis probatorio en ambas pretensiones. Los análisis probatorios siempre deben estar guiados por la correspondencia de la verdad con la realidad de los hechos que tuvieron lugar en el evento delictivo. En los análisis probatorios, el juez deja de lado todo el apasionamiento-pro o contra-lástimas y cargas humanitarias que hubiese denotado durante el juicio la persona acusada; en caso contrario estaría inmerso dentro de la imparcialidad subjetiva. Concluido estos pasos o dificultades probatorias, y al no tener convicción, se podría afirmar, tal vez, que existe insuficiencia probatoria, pero si lo que hay es suficiencia de la prueba solo quedará el camino de la declaración de responsabilidad penal. El juez debe arribar a la certeza judicial a través del saber y no del creer. Con la certeza se pretende comprobar la realidad de una tesis u opinión, en forma más técnica, se

prueba los hechos y se demuestran las tesis. Las tesis las sostienen en el juzgamiento las partes-fiscal y defensor- y es el juez quien prueba el hecho a través de su reconstrucción histórica, física y lógica que sería la certeza judicial (...) siendo así, el proceso de determinación o probanza judicial del dolo forma parte de las afirmaciones que comprenden las proposiciones que serán objeto de prueba, es decir, los actos externos que comprobarían fácticamente que el agente del hecho si tenía conocimiento de las circunstancias que realizaba socialmente en posición ex ante. La labor del juez es equiparable a la de un científico, por lo tanto, su actividad cognoscitiva no puede ser irresponsable, ni debe haber lugar para el tanteo, los cálculos o el error; no se debe optar por el camino más fácil o intentar escudar en que se tiene duda y no se ha logrado la certeza. A este propósito, al ser netamente cognitivas sus labores y decisiones, las conclusiones a las que arribe deben contener razones con respaldo y garantía, además de ser congruentes con la pretensión (...) hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión. Este elemento fundamental de la argumentación es la garantía, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad. (Quiroz Salazar, 2014, págs. 75-78)

Como bien lo señala el profesor Quiroz, en la etapa del juicio oral es donde se debe corroborar las hipótesis presentadas por los sujetos procesales, tanto el fiscal como la

defensa técnica, es por ello que una vez sometido al contradictorio, es labor del juez poder corroborar cuál de las hipótesis fue la más sostenible esto en relación con la valoración de las pruebas, creando una certeza en el juzgador, esta fase de certeza es muy importante, si bien es cierto, la fiscalía tiene la carga de la prueba y es su función demostrar que efectivamente el acusado es responsable del delito que se le imputa, sin embargo, es labor del juez realizar un análisis de correspondencia de la verdad con los hechos, es cierto, que muchas veces no se puede llegar a una verdad de la realidad, pero debe acercarse lo más próximo posible a una verdad denominada “verdad procesal”, llegando a crear certeza en el juzgador. En el nuevo código procesal penal, el juez ya sea unipersonal o ya sea colegiado, específicamente juez o jueces de juzgamiento, solo conocen el caso en concreto en el juicio oral y lo conocen a través de las hipótesis de los sujetos procesales, es decir, no tienen conocimiento del caso ni han estudiado el mismo, no se tiene un prejuicio, ya que todo se conoce y se resuelve en el mismo juicio oral, en ese sentido, el fiscal está en la obligación de demostrar la responsabilidad penal del acusado que se le imputa un delito, si bien es cierto, el juez es un operador jurídico que escucha a las partes, dirige el debate y resuelve, no pudiendo actuar como un sujeto procesal más del proceso, no puede interrogar, no puede intervenir, sin embargo, el código procesal penal le faculta al juez bajo la figura de aclaración que está regulado en el artículo 124° del código referido, que puede realizar preguntas con relación a aspectos puntuales con un fin aclaratorio, mas no interrogatorio, se considera que se está en un sistema penal acusatorio garantista con rasgos adversariales, no se tiene un sistema único, sino que el mismo cuenta con algunas figuras procesales que coadyuvan a la resolución de los casos judiciales. Por lo tanto, el juez debe tener la certeza de que en el caso en concreto el acusado es

responsable penalmente del delito que se le imputa, obviamente previamente haber realizado el análisis correspondiente del tipo penal y sus categorías, las pruebas en correspondencia con la verdad de los hechos y demás criterios ya mencionados anteriormente.

2.4.6.2.3.1. Grados cognitivos

A) La verosimilitud

Al respecto, Quiroz(2014) “es verosímil todo aquello que coincida con lo que se hubiera afirmado hipotéticamente sobre el hecho y, que, del análisis probatorio en el proceso, hubiere razones para calificarlo como verdadero” (pág. 80)

Es un error entender en términos de verosimilitud lo que se afirma acerca de la probabilidad (...) la verosimilitud tiene dos significados: i) verosimilitud se refiere a algo que tiene apariencia de ser verdadero, afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio; ii) verosimilitud equivale a probabilidad, pero ya el hecho en acción y tendrá en el proceso grados de verificación, el problema radica en que estos dos significados son diferentes y por eso no puedes ser usados conjunta y alternativamente como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable. (Taruffo, La prueba de los Hechos, 2002, pág. 185)

La verosimilitud no es un sustituto de la verdad, verosimilitud no es sinónimo de baja probabilidad o alta probabilidad, ni de ambas situaciones simultáneamente, ni mucho menos es sinónimo de probabilidad. Sostiene

que verosimilitud sirve para distinguir aquel aspecto de la aserción sobre un hecho en función del cual se puede decir que este se corresponde con una hipótesis plausible según el orden normal de las cosas, en una situación en la que esa aserción no haya sido sometida todavía a verificación probatoria o demostrativa. La verosimilitud no expresa conocimientos o grados de conocimiento, ya que éstos son suministrados por los elementos de prueba de la aserción sobre el hecho. (Taruffo, La prueba de los Hechos, 2002, pág. 188)

B) La probabilidad cuantitativa

Esta se obtiene de las consideraciones precedentes, por cuanto el problema de la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna-si no es como ideal regulativo y tendencial- y consiste, en cambio, en la determinación del grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho. La exclusión de la certeza absoluta del conjunto de los objetivos alcanzables por medio del conocimiento empírico y, en especial, en la determinación judicial de los hechos, conlleva que nos situemos en el ámbito de la incertidumbre. Es decir, de conocimientos y juicios de los que únicamente se puede decir, en línea de principio, que no tienen una fundamentación absoluta, completa e indiscutibles. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 81)

Existe la existe la probabilidad lógica, cuya característica fundamental es que no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos sino racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al

ámbito de los elementos de confirmación (o de prueba) disponibles con relación a esa hipótesis. En esta concepción el grado de probabilidad de las hipótesis equivale al grado en que los elementos de confirmación les ofrezcan sustento. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 82)

Que es más adecuado utilizar el criterio de la probabilidad racional; la que equivale a decir, que la observación sobre un hecho positivo aumenta el grado de confianza, con lo que es racional mantener la hipótesis. La probabilidad lógica no es un concepto matemático-no excluye que se utilice como auxilio en algunos casos para formular inferencias probatorias. Esto significa que la operación racional se realiza rigurosamente y el juicio derivado se desprende con necesidad lógica de los juicios antecedentes y en el caso de la llamada inferencia probable, que parta de enunciados verdaderos en la mayoría de los casos. Por tanto, no es concluyente, pero puede amentarse su probabilidad mediante elementos de juicio adicionales [...] en ese sentido, como garantía hay la posibilidad real de analizar racionalmente la estructura del razonamiento del juez y examinar el carácter lógico y científico de los elementos tomados para su decisión. (Rivera Morales, 2011, pág. 113)

C) La duda

La duda es una incertidumbre mental en la que se encuentra el juez después de haber concluido toda la actividad probatoria y entrada la fase de deliberación. La duda se trasluce en una incertidumbre, que se evidencia cuando el juez no tiene convicción de calificar como verdaderas o falsas las

alegaciones de las partes procesales; es decir, existen dos hipótesis opuestas y tiene duda en el proceso de comprobación judicial para determinar los hechos. No debemos confundir a las “dudas” que se tenga a *priori*, con la “duda” que, al finalizar toda la actividad procesal, sobrevenga en el juez. En cuanto a las primeras, estas deben ir superándose con el pase de las afirmaciones probatorias en pleno debate contradictorio, a diferencia de la segunda, que se debe despejar con la existencia o inexistencia de la prueba, y en este proceso influye el método que utilice el juez en la apreciación y valoración judicial. También podría ser sobre la existencia o no del hecho. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 84)

La duda es un estado complejo. Hay duda en general, cuando una proposición presenta motivos afirmativos al mismo tiempo que motivos negativos; ahora bien, puede existir predominio de los motivos negativos sobre los afirmativos y tenemos entonces lo improbable; puede haber igualdad entre las dos clases de motivos y se tiene lo creíble en sentido específico; y, por último, puede suceder que prevalezcan los motivos afirmativos sobre los negativos y en ese caso existe probabilidad. Pero lo improbable no es otra cosa que la inversión de lo probable, pues lo que es probable por el respeto de los motivos de mayor validez, es improbable por el lado de los motivos menos atendibles, y por eso la duda no se reduce propiamente sino a las dos subdivisiones simples de lo creíble y lo probable. (Gonzales Navarro, 2011, pág. 241)

D) La certeza

Es la resultante de la adhesión en un proceso cognoscitivo respecto al objeto cognoscible. Decimos que es la resultante al ser el producto de un previo proceso cognitivo. No hay certeza si no existiese un proceso mental en el sujeto cognoscente. La certeza no es producto de la improvisación, menos del cotejo de dos versiones o hipótesis o de simples inferencias mentales. Para arribar a la certeza obligatoriamente, deben haber existido situaciones mentales de marchas y contramarchas, de pesos y contrapesos, es decir de juicios y raciocinios mentales que solo acaecen al interior de la corteza cerebral del individuo que efectúa el discernimiento. En la certeza no existe ningún margen de error o incertidumbre, ni mucho menos alguna duda. La certeza excluye por completo la duda, es decir, la certeza tiene sus límites, y con mayor razón el conocer judicial. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 85).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que le hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal. (Gonzales Navarro, 2011, pág. 245)

La certeza en el proceso judicial recae en el sujeto cognoscible, es decir, en el juez puesto que él como operador jurídico después de haber presenciado a los

sujetos procesales, tanto fiscalía, como a la defensa técnica en un contradictorio dentro de un juicio oral, corresponde verificar y comprobar las afirmaciones probatorias, con el fin de determinar la veracidad de las mismas.

Ahora bien, cuando el juez tiene la certeza de estar ante la verdad:

Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. No hay que confundir la verdad con la veracidad: la primera, es el carácter de una cognición, de un juicio, de ser verdadero; la segunda, es la aptitud para decir y proferir la verdad. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de algo que no existe) pero estas posiciones de certeza positiva o negativa son absolutas. (Rivera Morales, 2011, pág. 119)

En ese sentido, se comparte la postura de que el juez debe tener la certeza al momento de emitir una sentencia porque está convencido totalmente de que el acusado es responsable penalmente del delito que se le imputa y por ello le corresponde una pena, no cabe la posibilidad de que tenga alguna duda respecto de que la conducta del acusado es punible, porque hay que recordar que se va a restringir un derecho que es la libertad, un derecho que después de la vida es fundamental para el desarrollo de una persona.

2.4.6.2.3.2. Saber y creer en el proceso judicial

Este es un tema interesante, puesto que saber y creer son conceptos que tiene consigo en común el conocimiento, es decir, para una persona saber o creer es tener conocimiento sobre un hecho o hechos, sin embargo, hay diferencias entre estos dos conceptos.

En el caso puntual de la determinación o probanza del dolo, el juez adquiere conocimiento del hecho y de la prueba a partir de los diversos actos ejecutivos de la conducta del contexto social concreto que rodearon al evento delictivo (objeto cognoscente), exteriorizados individualmente por el sujeto para concluir (deducción) que el sujeto si actuó conscientemente al infringir el deber que le imponía la norma penal. Y esta información debe ser incorporada al proceso (abducción) en forma debida, vía la percepción directa del juez. Ese sería el saber que el juez está obligado a conocer o adquirir de las mismas fuentes que aportan y producen la prueba en el juicio oral y desde ellos es que se reconstruye el juicio de hecho y determina los hechos probados [...] La labor del juez en el proceso de probanza del dolo es determinarlo, previo análisis de las afirmaciones probatorias e indicadores que hayan sido incorporados en el debate contradictorio por las partes intervinientes en el juicio oral, y, que, reiteramos, es el núcleo del objeto cognoscente. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 90)

Es el juez quien finalmente-con sus juicios valorativos- confirmará o rechazará el juicio de atribución subjetivo efectuado por el fiscal al presunto autor del delito. El juez- al finalizar la actividad procesal probatoria y tan luego de escuchar las respectivas alegaciones- tiene la obligación de confirmar o rechazar la hipótesis del fiscal, pues el proceso penal es un método de comprobación. Si ello es así, y está aceptada unánimemente por la doctrina procesal, el nivel de conocimiento al que ha de arribar debería ser certero, más allá de cualquier duda razonable -no debe existir duda-. Esto obedece a

que el juez tiene la obligación de verificar y comprobar cada una de las afirmaciones iniciales que realizan las partes en sus alegatos de apertura, y en su oportunidad, verificarlas con las alegaciones probatorias que se traslucen vía abducción probatoria al concluir el contradictorio. En resumen, el juez debe conocer por su propia intermediación y no creer o asimilarlas por lo que afirman las partes. (Quiroz Salazar, 2014, pág. 90)

El profesor Gonzales Solano(2007) nos grafica con un ejemplo, el concepto del saber y el creer en el conocimiento.

CASO 1

Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje. Al frente está la casa de un vecino, donde tienen amarrado un hermoso perro. Ana mira al perro y nota que empieza a mordisquear su correa hasta rasgarla, y una vez rota, el perro sale corriendo para otro lugar.

CASO 2

Ana se encuentra sentada en el corredor de su casa, una tarde soleada de verano viendo el paisaje, cuando de pronto ve al perro de su vecino pasar al frente de su casa con la correa amarrada a su cuello.

Explicación

En el primer caso: Ana ¿cree que el perro se soltó o sabe que el perro se soltó? La respuesta sería que Ana sabe que se soltó. Sería extraño si ella manifestara que cree que el perro se soltó.

En el segundo caso: Ana ¿sabe que el perro se soltó o cree que el perro se soltó? La respuesta sería que cree que se soltó. Seriamente, no podría ella afirmar que sabe que el perro se soltó.

En el primer caso sabe porque lo vio. En el segundo caso no lo vio, por eso no sabe, pero si puede creerlo, aunque pudo soltarse de otra manera (su dueño lo soltó). (pág. 66)

Tal como se puede apreciar en el ejemplo dado por el profesor costarricense, se tiene que la diferencia entre el concepto del saber y creer radica precisamente en el grado de seguridad, es decir, el saber genera un grado de seguridad mayor (absoluto) que el creer que genera un grado de seguridad menor, es por ello que existe una diferencia entre ambos conceptos, en ese sentido se aplica esta diferencia netamente en el proceso judicial.

En este punto es importante hacer una importante digresión: en la administración de justicia, más que en cualquier otro tipo de instancias sociales, es donde más claramente se observa el uso necesario de la creencia y no de la sabiduría (conocimiento certero) de un caso. Primeramente, se ve en la persona que averigua los hechos, que es el juez. El juez o jueza no puede ni debe conocer directamente los hechos. Por el contrario, le está prohibido saber los hechos del caso, dado que, si sabe que pasó, debe fungir en realidad como un testigo y no como un juez; y porque ese saber (que

cualquiera pensaría que es hasta mejor) perjudica su posición de persona imparcial, objetiva y neutral. Por lo que en realidad la pertinencia de la verdad se ve aquí menguada por un criterio de recto proceder. Pero entonces que es más importante aquí ¿la verdad o la correctitud? En ese sentido, el juez o jueza precisamente deben actuar como sujetos a-científicos: no conocer, ni saber directamente los hechos, sino que se los den por referencia. Segundo, las referencias que usa un juez o jueza son conocimiento de segundo orden: el juez sabe lo que le dicen, pero no sabe si eso es cierto o no. Un testigo puede mentir y aun así el juez le cree. El juez o jueza no tiene conocimiento directo (porque no revisa directamente las experiencias, ni la memoria del testigo), sino que revisa lo que le dicen, pudiendo ser esto cierto o falso, total o parcial, disminuido o amplificado, de diversos grados e intensidades, e inclusive lo que es científicamente peor, recreado, inventado, modificado, perturbado y hasta olvidado. La memoria no es una cosa inmóvil y estable, precisamente todo lo contrario, es un proceso dinámico, cambiante, parcial y que da relevancia solo a ciertos aspectos. Y aquí viene la tercera gran consideración: el mismo testigo no es un observador ocasional, oportunista, que no mide, ni cuenta, ni califica todo lo observado, sino solo una parte, y que además está expuesto a todos los vaivenes emocionales, experimentales y a las limitaciones intelectuales que sus capacidades perceptivas le proporcionan. En síntesis: es muy correcto decir que en la administración de justicia realmente no se sabe lo que pasó, y es porque está en esencia no saber la verdad, solo creerla. (Gonzales Solano, 2007, pág. 66 y 67)

Pues efectivamente, la postura de este autor costarricense se refiere al proceso penal que es el mismo que regula el nuevo código procesal penal en el sentido de que el juez no tiene conocimiento de los hechos hasta la etapa del juzgamiento, recordando que para las demás etapas procesales, conoce el juez de investigación preparatorio, a diferencia del juez de juicio oral, o también llamado juez de juzgamiento, empleando los conceptos de creer y saber, sin embargo, se puede resumir estos conceptos por el grado de seguridad que existe al momento de optar por uno de los dos conceptos, habrá que analizar cada caso en concreto para determinar qué grado de certeza se logra en cada uno para determinar la responsabilidad penal del acusado.

2.4.6.2.3.3. La acreditación del dolo en el juicio oral

En la última etapa del proceso penal, es decir, la etapa de juzgamiento o juicio oral, es donde se puede referir a la acreditación del dolo por parte del fiscal, puesto que es la etapa correspondiente para ejecutar este concepto de acreditación, el fiscal debe acreditar que el acusado efectivamente cometió el delito doloso conociendo todos los elementos objetivos del tipo penal, conociendo que esta conducta suya era contraria a la ley, estaba prohibida y pese a ello lo realizó, o en términos más exactos, acreditar que el autor de este delito imputado, exteriorizó su conducta en sus actos externos ejecutando la conducta prohibida; mientras que el otro sujeto procesal, que es la defensa técnica del imputado, se encargará de refutar o revertir la imputación del fiscal, precisamente aquí se produce el contradictorio, puesto que cada sujeto procesal dentro de la actuación probatoria, mediante su teoría del caso, se encargará de alcanzar su fin, generando verosimilitud de los hechos junto a los

elementos de prueba al juez, quien mejor realice este proceso, irá generando convicción al juez. Por ejemplo:

El fiscal a continuación expone oralmente en su alegato de apertura los hechos del caso -se enuncia la primera parte: lo fáctico.

1ª Proposición fáctica

El ciudadano Alejandro Flores Vargas se dedica al acopio y comercialización ilegal de insumos químicos fiscalizados a personas que cometen tráfico ilícito de drogas.

2ª Proposición fáctica

El día 2 de mayo del año 2010, a las 18:30 horas, aproximadamente, la policía intervino al acusado Alejandro Flores Vargas por las inmediaciones de la intersección de las avenidas Canta Callao y Naranjal del distrito de Los Olivos, quien se encontraba conduciendo el vehículo de placa de rodaje FG-1595 de su propiedad.

3ª Proposición fáctica

La policía le efectuó el registro personal y vehicular. Se le encontró 260 botellas y 4 bolsas plásticas que contenía 512.935 kg de ácido clorhídrico con impurezas de fierro.

4ª Proposición fáctica

Los insumos químicos fiscalizados que se le incautaron el acusado en la intervención policial están destinados para la elaboración y fabricación ilegal de drogas.

5ª Proposición fáctica

El acusado no tiene licencia de entidad administrativa pública o empresa privada alguna que le autorice poseer, recolectar o acopiar para comercializar insumos químicos fiscalizados que se utilizan para la producción de droga.

6ª Proposición fáctica

Finalmente, el acusado, por tener estudios universitarios de Ingeniería química en la Universidad San Anselmo de Ferreñafe, conoce que el ácido clorhídrico se emplea para la elaboración y producción de drogas. Este no tiene ninguna empresa registrada formalmente en la que pudiera utilizar el ácido clorhídrico. Además, sabe que la ley prohíbe su acopio sin autorización legal, sobre todo considerando la cantidad comisada por la policía. Estos son los hechos, señor Juez, que vamos a demostrar en el juicio oral.

En el caso expuesto, el hecho de que el acusado conozca en qué se utiliza el insumo químico -ácido clorhídrico- y por no tener una empresa formalmente constituida en la que desarrolle un proceso industrial alguno -con ácido clorhídrico- es “altamente probable” que él se hubiere representado cognitivamente que su acción era contraria al orden jurídico. Además, por ser ingeniero químico, se infiere que sabe son insumos fiscalizados debido al tráfico ilícito de drogas; lo cual, a su vez, le permitía

comprender, antes que comience a acopiarlos, que ya estaba realizando e infringiendo el tipo penal. Siguiendo el ejemplo; si en el juicio oral se recepcionará el testimonio del policía que intervino al acusado con las sustancias químicas fiscalizadas, ello corroboraría la intervención y que este poseía las drogas en dicho momento; el cual además podría testimoniar: tras solicitarle que abra la puerta de la maleta del vehículo que conducía, adujo que no tenía la llave, pero por sus inconsistencias en la entrevista y al verse descubierto aceptó abrir la puerta de la maleta del vehículo, lugar en donde se encontró los insumos químicos fiscalizados. Siendo así, se confirmaría la tesis acusatoria en el juicio oral, por lo que se habría acreditado y generado la verosimilitud, para que el juez en sus juicios y raciocinios internos la admita como un hecho verdadero, en consecuencia, sería un hecho probado (Quiroz Salazar, 2014, pág. 116 y 117).

Ahora bien, dentro de la fase probatoria, existe un elemento importante o mejor dicho el más importante para que los sujetos procesales acrediten sus hipótesis de sus teorías del caso, creando en primer lugar verisimilitud en el juez, es por ello, que la prueba donde se maneja este concepto es precisamente en el juicio oral, toda vez que es sometida a un contradictorio, y cumple con los requisitos que se establecen, como la conducencia, pertinencia y utilidad, en ese sentido, ya estamos ante pruebas dentro del juicio oral o la etapa de juzgamiento.

La prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases

cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados verdaderos. Agrega, en la misma línea, que la función de la prueba es, por lo tanto, una función racional ya que se sitúa en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de “juicios de verdad” fundados en una justificación racional. (Taruffo, 2010, pág. 33).

Asimismo, para Moreno & Cortés(2005) “es el sujeto que ha de convencerse de la realidad fáctica y de la bondad jurídica de la posición de alguna de las partes, sin embargo, no se le permite como regla general salir a buscar”. (pág. 371) Es por ello que la prueba es un instrumento fundamental para poder acreditar la conducta ilícita del acusado, pero es tarea de los sujetos procesales, el de la fiscalía, acreditar y el de la defensa técnica de refutar, y mediante estos fines, los mismos acreditaran mediante pruebas si el acusado finalmente es responsable penalmente de la conducta ilícita que se le imputa, mas no es tarea del juez buscar la prueba, su función reside en valorar los medios probatorios que los sujetos procesales acreditan o refutan dentro de toda la fase del juicio oral.

En consecuencia, con respecto a la teoría del delito, el autor asume la postura de la teoría tripartita, la cual es comprendida por: a) tipicidad, b) antijuridicidad y c) culpabilidad.

Respecto al tema del dolo, el autor asume la postura de la teoría volitiva conformada por dos elementos: a) conocimiento (representación) y b) voluntad (querer).

Respecto al delito de omisión a la asistencia familiar, el autor asume la postura que es un delito de omisión propia y de naturaleza instantánea con efectos permanentes.

Respecto a los delitos de omisión, el autor asume la postura de la teoría volitiva conformada por dos elementos: a) elemento cognoscitivo y b) elemento volitivo.

Respecto al análisis del dolo en las sentencias judiciales condenatorias debe realizarse desde un enfoque normativo del dolo, el autor asume la postura de una teoría normativa volitiva.

2.5. Definición conceptual

Delito de omisión a la asistencia familiar

- a) **Delito:** Denominada a toda acción ilícita que se tipifica en un tipo penal dentro del código penal. Una conducta típica, antijurídica y culpable del autor del hecho punible.
- b) **Omisión:** Conducta indiferente de una persona frente a un hecho o hechos, es la inacción de una persona frente a una circunstancia.
- c) **Asistencia familiar:** Es un deber constitucional que obliga a los padres el deber de brindar asistencia a sus hijos, la misma que implica, alimentación, vivienda, vestimenta, estudios, salud, y otros deberes de necesidad básica.
- d) **Sentencia condenatoria:** Es un tipo de resolución judicial, la cual se emite por el señor juez hacia una persona que ha sido acusado por un delito, la misma que refleja la responsabilidad del imputado dictándosele una pena ya sea efectiva, suspendida u otro tipo de pena.

- e) **Legitimidad:** Se utiliza en la teoría del derecho, en la ciencia política y en la filosofía para definir la cualidad de ser conforme a un mandato legal.

El dolo

- a) **Dolo:** Es un concepto jurídico que es un elemento de la tipicidad subjetiva de los tipos penales que permitan esta figura del dolo, el mismo comprende dos elementos: el conocimiento (tesis cognoscitiva) y la voluntad (tesis volitiva) para que se configure el mismo.
- b) **Conducta:** Es un hecho o hechos que realiza una persona, la acción o acciones que ejecuta una persona en una determinada circunstancia.
- c) **Teoría:** Es una tesis ya desarrollada la cual tiene un objeto de estudio, además de contar con una estructura que sirve para aportar en el estudio de un tema en específico.
- d) **Tipicidad:** Es una categoría de la teoría del delito, la cual recae sobre el análisis de la conducta del presunto autor del delito imputado.
- e) **Antijuridicidad:** Es una categoría de la teoría del delito, la cual recae sobre la conducta del presunto autor, es un filtro de la conducta.
- f) **Culpabilidad:** Es una categoría de la teoría del delito, la cual recae sobre determinar la responsabilidad penal del imputado.

CAPITULO III: DISEÑO METODOLÓGICO

Metodología

3.1. Variables de investigación

a) Variable independiente

- El dolo

b) Variable dependiente

- Delito de omisión a la asistencia familiar

3.2. Nivel de investigación

La presente investigación es de nivel explicativo, el cual consiste, en explicar por qué los jueces no están analizando el elemento del dolo del delito de omisión a la asistencia familiar en las sentencias condenatorias que emiten.

3.3. Tipo de investigación

La presente investigación es de nivel socio-jurídica que consiste en los estudios de casos e investigaciones comparativas, en este caso, en el análisis de sentencias judiciales condenatorias. Se ha evaluado 20 sentencias condenatorias durante el año 2017 por delito de omisión a la asistencia familiar en los juzgados penales liquidadores y unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Junín, a partir de las cuales se ha realizado un análisis en relación a la parte considerativa de las sentencias si se analiza adecuadamente la teoría del delito específicamente el dolo para condenar por este delito y de esta forma legitimar su sentencia.

3.4. Diseño de la investigación



3.5 Métodos de investigación

3.5.1. Método hermenéutico

Dentro del desarrollo de la presente investigación se utilizó como método general el “Método hermenéutico”, éste es aplicado para establecer algún sentido

o interpretación a las normas jurídicas pudiendo ser doctrinal o científica, judicial o jurisprudencial y auténtica y legislativa. Siendo el caso en el presente caso judicial porque se parte del análisis de sentencias judiciales condenatorias.

3.5.2 Método general-teórico

Dentro de la investigación se utilizó como métodos generales a los siguientes: “Analítico – sintético, inductivo – deductivo y abstracción – concreción”, los que se constituyen en los métodos de análisis procedimental del modelo teórico de la presente investigación, los mismos que viabilizaron desarrollar el proceso relacional de descubrir el problema – localizando hallazgos – formulando evidencias (afirmaciones) orientado a la demostración efectiva de la hipótesis.

3.5.3. Método histórico

En la presente investigación por su naturaleza se utilizaron los métodos específicos: histórico, comparativo, sistemático, estadístico y como métodos particulares del método jurídico se esgrimieron el método exegético, sistemático, sociológico, teleológico (fines y propósitos de algún objeto o ser), pragmático y lógico; estos métodos relacionan metódicamente el proceso práctico – empírico del problema hacia la hipótesis, porque operativiza la captura – procesamiento – análisis – interpretación de los expedientes con sentencia condenatoria, con ello se analizaron dichas sentencias por delito de omisión a la asistencia familiar.

Por lo tanto, la combinación óptima (Mix) de los métodos universal generales y específicos empleados en la investigación, proporcionan sustento, argumento y

tránsito para la validez de los resultados de la investigación; en ella radica el diseño de sistemas metodológico óptimo de la investigación.

3.6. Población y muestra

3.6.1. Población

Lo constituyen todas las sentencias condenatorias por delito de incumplimiento de obligación alimentaria en los juzgados liquidadores y unipersonales de la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año 2017. (No determinado)

3.6.2. Muestra

Está constituido por 20 sentencias condenatorias por delito de incumplimiento de obligación alimentaria de los juzgados liquidadores y unipersonales de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, durante el año 2017, el cual se ha realizado como tipo de muestreo probabilístico, siendo el criterio de selección aleatorio simple.

3.7. Tratamiento estadístico

Se utilizó la estadística descriptiva que nos permite obtener datos respecto a la realidad de la sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar.

3.7.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnica: Documental en análisis de expedientes judiciales

Instrumento: Ficha de registro de datos de expedientes judiciales.

-Se acudió a la recolección y selección de expedientes sentenciados en el año 2017 en los Juzgados Liquidadores y Unipersonales en especialidad penal de la provincia de Huancayo.

-Se hizo uso de una ficha para anotar los hallazgos.

- Se hizo uso de un cuaderno memoria para anotar los datos relacionados a la investigación.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. Resultados

Se justificó la realización de la presente investigación, en base a la siguiente hipótesis: Los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar no analizan adecuadamente el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia.

Los objetivos fueron: Determinar si los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, analizan adecuadamente el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia. Así como: determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, por parte de los jueces penales, se debe al desconocimiento de la teoría del delito, específicamente las categorías del delito y sus elementos. Determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, es porque consideran que, con la sola remisión de las copias, el delito ya está consumado.

4.2. Los datos obtenidos

Para efectuar una visión general al problema se ha considerado 20 expedientes con sentencia del primer juzgado penal unipersonal y segundo juzgado penal

unipersonal (liquidador NCPP) de Huancayo que obra en el legajo de sentencias correspondiente al año 2017.

4.2.1. Detalles de los expedientes

CUADRO 01

DETALLE DE LOS EXPEDIENTES ANALIZADOS

NÚMERO DE EXPEDIENTES	PROCEDENCIA
04124-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
04469-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
03791-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
04134-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
00874-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
04250-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO
03421-2016-66-1501-JR-PE-04	HUANCAYO
00559-2017-46-150-JR-PE-04	HUANCAYO
00699-2017-49-1501-JR-PE-01	HUANCAYO
01793-2017-59-1501-JR-PE-01	HUANCAYO
01847-2017-21-1501-JR-PE-01	HUANCAYO
02010-2017-62-1501-JR-PE-01	HUANCAYO
2111-2017-1-1501-JR-PE-03	HUANCAYO
02128-2017-29-1501-JR-PE-04	HUANCAYO
2375-2017-69-1501-JR-PE-01	HUANCAYO
02623-2017-26-1501-JR-PE-03	HUANCAYO

02666-2017-47-1501-JR-PE-04	HUANCAYO
02754-2016-10-1501-JR-PE-04	HUANCAYO
02867-2017-48-1501-JR-PE-03	HUANCAYO
04206-2013-0-1501-JR-PE-02	HUANCAYO

(Fuente elaboración propia)

Así tenemos:

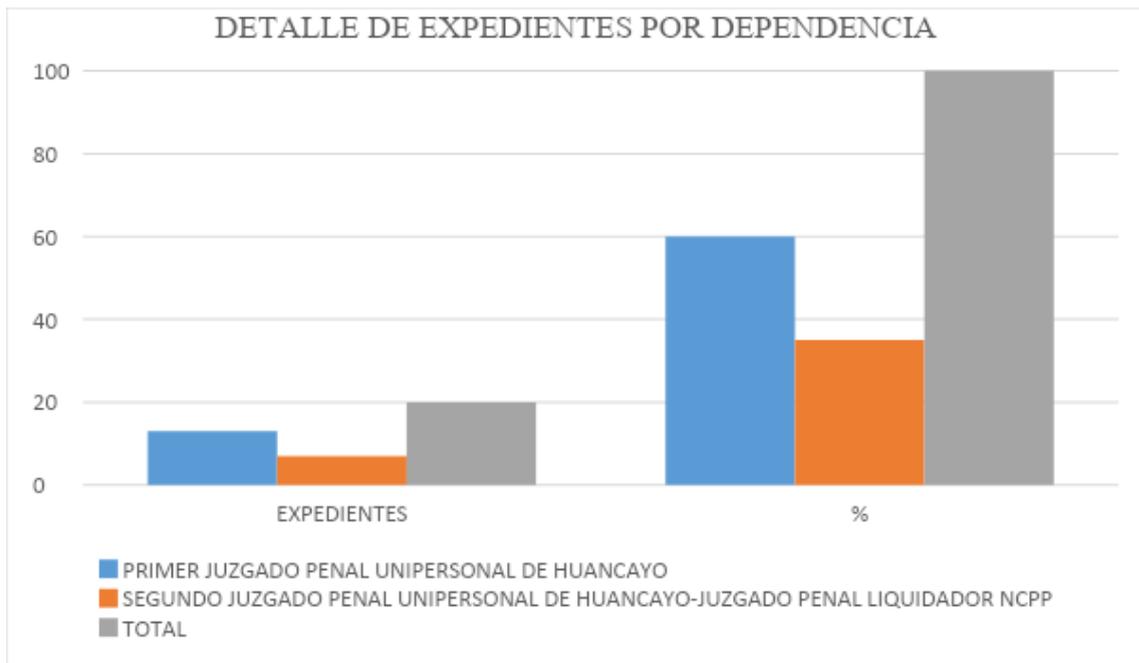
CUADRO 02

DETALLE DE EXPEDIENTES POR DEPENDENCIA

DEPENDENCIAS	EXPEDIENTES	%
PRIMER JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE HUANCAYO	13	65
SEGUNDO JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE HUANCAYO-JUZGADO PENAL LIQUIDADOR NCPP	7	35
TOTAL	20	100

(Fuente elaboración propia)

GRÁFICO 01



(Fuente elaboración propia)

Se tiene las sentencias con pena efectiva, con pena de ejecución suspendida y las que se han condenado con reserva de fallo condenatorio.

SENTENCIAS CON PENA EFECTIVA: 1

SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO: 2

SENTENCIAS CON PENA SUSPENDIDA: 17

Veamos la distribución porcentual:

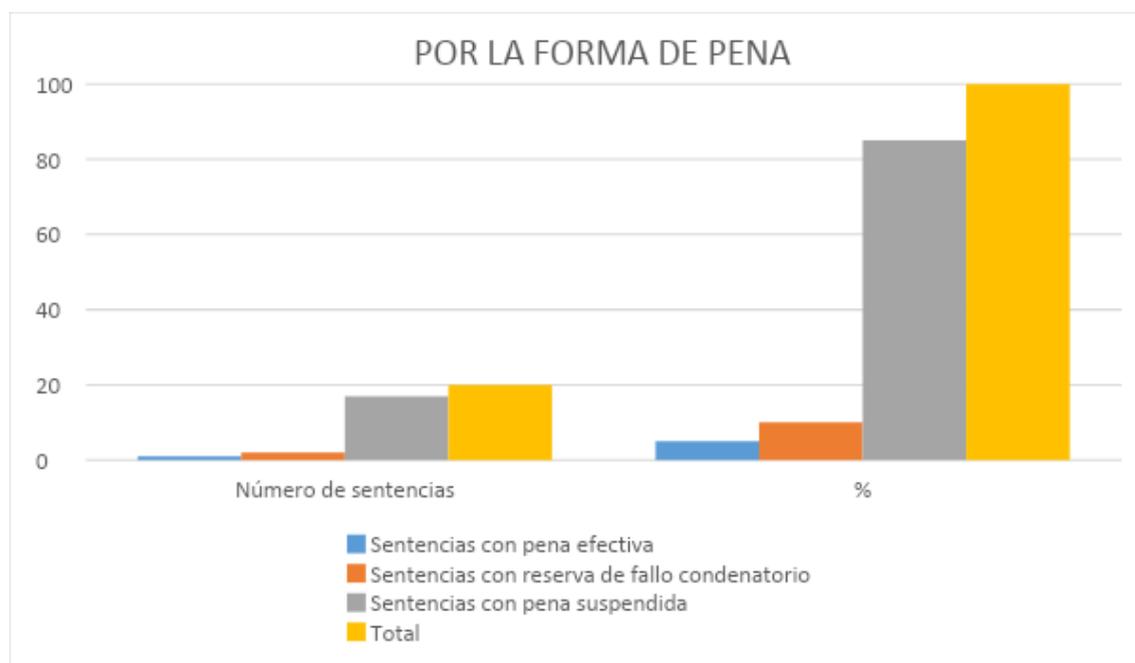
CUADRO 03

DETALLE POR FORMA DE LA PENA

Tipo de sentencias	Número de sentencias	%
Sentencias con pena efectiva	1	5

Sentencias con reserva de fallo condenatorio	2	10
Sentencias con pena suspendida	17	85
Total	20	100

GRÁFICO 02



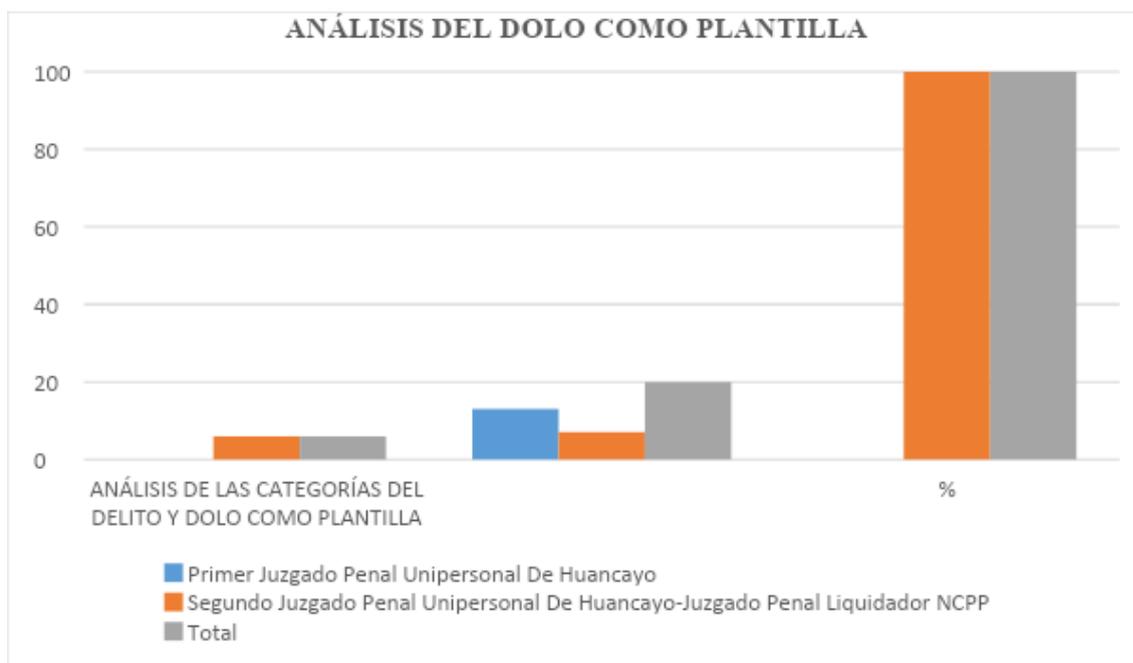
(Fuente elaboración propia)

Asimismo, se tiene los casos en los que se ha analizado las categorías del delito específicamente el dolo como plantilla.

CUADRO 04

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS USANDO UN FORMATO GENÉRICO DENOMINADO PLANTILLA PARA EL ANÁLISIS DEL DOLO Y DEMÁS CATEGORÍAS DEL DELITO

Dependencias	Análisis del dolo como plantilla	Cantidad de Expedientes	%
Primer Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo	0	13	0
Segundo Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo-Juzgado Penal Liquidador NCP	6	7	100
Total	6	20	100

GRÁFICO 03

(Fuente elaboración propia)

Luego, se tiene los casos en los que con la sola remisión de copias sustentan que el dolo ha existido y por tanto se ha configurado del delito de omisión a la asistencia familiar.

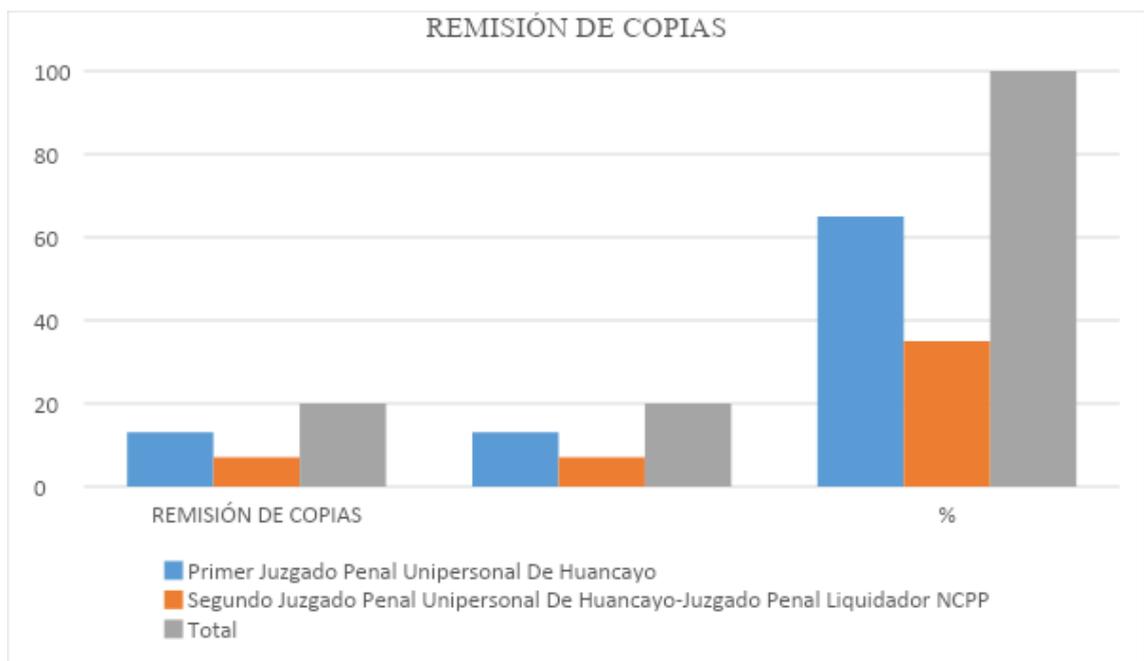
Al respecto, se tiene que en los 20 expedientes se han analizado que con la sola remisión de copias ya se ha sustentado el dolo y por ende se ha configurado el delito de omisión a la asistencia familiar.

CUADRO 05

Dependencias	Remisión de copias	Cantidad de Expedientes	%
Primer Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo	13	13	65

Segundo Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo-Juzgado Penal Liquidador NCPP	7	7	35
Total	20	20	100

GRÁFICO 04



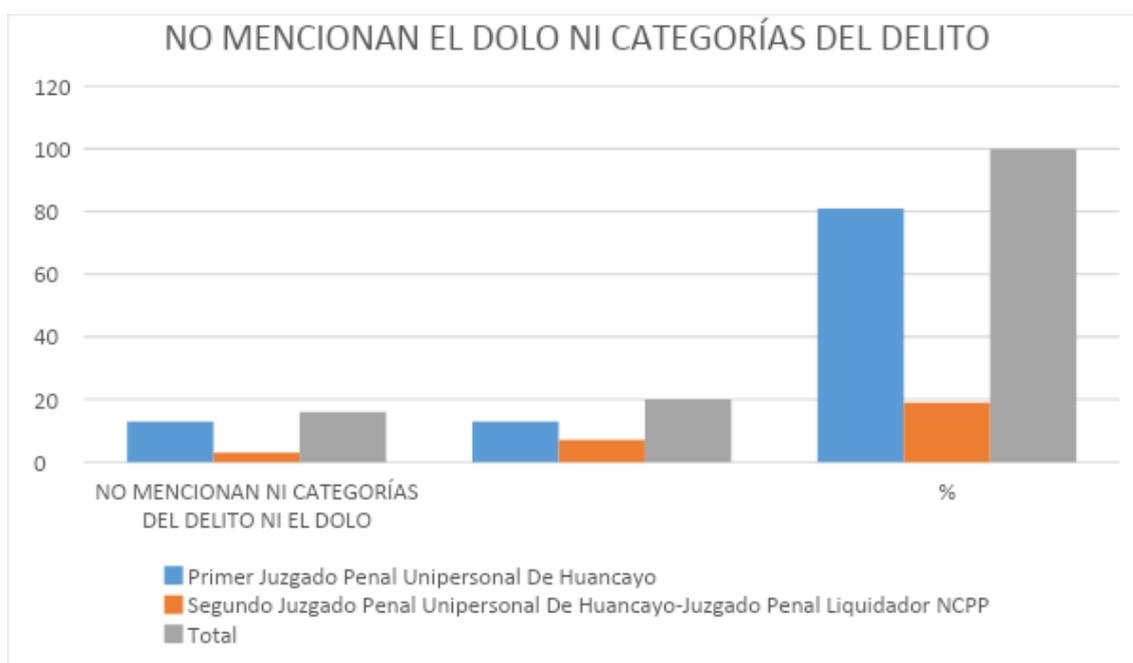
(Fuente elaboración propia)

En cuanto a la cantidad de expedientes donde no mencionan en las sentencias, ni las categorías del delito, ni el elemento de la tipicidad subjetiva el dolo.

CUADRO 06

Dependencias	No mencionan categorías del delito ni nada del dolo	Cantidad de Expedientes	%
Primer Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo	13	13	81.25
Segundo Juzgado Penal Unipersonal De Huancayo-Juzgado Penal Liquidador NCPP	3	7	18.75
Total	16	20	80

GRÁFICO 05



(Fuente elaboración propia)

4.2.2. Análisis de los expedientes

El suscrito ha seleccionado una cantidad de 20 sentencias para el análisis respectivo a fin de poder demostrar la hipótesis general y las específicas, a continuación, se procede al análisis de cada una de ellas.

1) Expediente N° 04124-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos:

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 14 de julio de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que, el mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de s/ 9174.53, según la resolución de requerimiento n° 30 de fecha 22 de abril de 2013. Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, el acusado al momento de prestar su declaración instructiva a referido que en ningún momento ha omitido alcanzar una pensión que le han fijado del 20 % de sus honorarios y como obtiene un ingreso mensual de s/ 500, estuvo alcanzándole el 20% y que en ningún momento ha llegado a conocer las notificaciones de la demanda que ha generado este proceso penal y además con posterioridad ha depositado la suma de s/ 2000 haciéndose un préstamo de terceros.

Por su parte, la madre del menor agraviado refiere que el procesado no le ha cancelado suma alguna y que su hijo tiene necesidades como estudios, alimentación, recreación, gastos de medicina y otros propios de su edad.

El presente proceso ha concluido con una sentencia condenatoria, donde se le ha impuesto 1 año de pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por un periodo de prueba de 1 año sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de s/ 400, sin perjuicio de pagar las pensiones alimenticias devengadas, conforme al numeral 2.3 del considerando cuarto ascendente a s/ 4152.

Análisis:

En la presente sentencia, el juez en el considerando quinto ha subsumido los hechos en el tipo penal del artículo 149 del código penal indicando que de los actuados se aprecia que no existe causa de justificación alguna toda vez que con la presente omisión se ha vulnerado las expectativas sociales esperadas, de igual manera no se aprecia la concurrencia de una causal de inculpabilidad, en consecuencia debe reprochársele por no haber actuado correctamente conforme a derecho a pesar de haber podido actuar conforme a la norma, pues tenía capacidad para comprender el carácter delictuoso de su acto, por lo que debe ser pasible de una sanción penal. Por otro lado, refiere que, teniéndose presente los hechos probados, se tiene el comportamiento del acusado de incumplir su obligación de prestar los alimentos pese haber sido requerido por las formalidades de ley, se subsume en la descripción del tipo penal contenido en el primer párrafo del artículo 149 del código penal.

Conforme se puede apreciar este tema de la subsunción de los hechos se desarrolla como un cliché, esto es, se utiliza un formato sin hacer ningún tipo de análisis en relación al caso en concreto, esto si se tiene en consideración que el acusado a referido que en la sentencia de alimentos se ha fijado una asignación equivalente al 20% de su ingreso mensual que percibe en su centro laboral, el cual venía cumpliendo, sin embargo, el monto que finalmente se estableció corresponde a alimentos devengados que según el acusado nunca le han notificado. Que si esto fuera cierto, es obvio que el acusado no ha tomado conocimiento del requerimiento que se la ha hecho para que cumpla con dichos alimentos devengados, pues, solamente en el supuesto que válidamente se la haya notificado donde ha tomado conocimiento que tiene que pagar una suma dineraria por alimentos devengados, estaría cumpliendo con una de las categorías del dolo, esto es, con el elemento cognoscitivo, es decir, que tiene que cumplir con los alimentos devengados; y por otro lado, que habiendo tomado conocimiento de que tiene dicha obligación y pese a que tiene la capacidad económica de poder cumplir, esto es, de pagar esos alimentos devengados que conforme a este análisis, el juez no ha evaluado este tema, si el acusado ha actuado o no dolosamente y pese a ello lo ha condenado.

En relación a las otras categorías del delito también en la sentencia se advierte que solo se utiliza como plantilla, pero, no se realiza ningún tipo de análisis con relación al hecho en concreto, esto es, a la conducta del acusado a efecto de que se pueda concluir que no solo ha actuado dolosamente, sino, que además ha cumplido con las otras categorías del delito para que le pueda corresponder una pena por haberse acreditado el delito.

2) Expediente N° 04469-2013-0-1501-JR-PE-02**Hechos**

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 10 de mayo de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de s/ 1543.40, según la resolución de requerimiento de fojas 27. Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, el acusado no ha prestado su declaración instructiva, sin embargo, a fojas 70 y 77 adjunta los voucher depositados en el Banco de la Nación por la suma total de S/. 1545.00 soles. Por su parte, la hija agraviada no ha prestado su declaración preventiva.

Análisis

El presente proceso ha concluido con una sentencia de reserva de fallo condenatorio, donde se dispone un plazo de reserva de un año sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 700.00 soles; sin perjuicio, de pagar las pensiones alimenticias devengadas.

Se trata de una sentencia con reserva de fallo condenatorio con un plazo de reserva de 1 año respecto a una liquidación de alimentos por la suma de s/ 1543.40 soles.

El juez realiza un análisis del tipo penal indicando que se trata de un delito de mera actividad y de consumación instantánea y en base a las copias certificadas concluye que el acusado en forma dolosa habría incumplido con su obligación alimentaria. Asimismo, analiza unos voucher de cancelación de los alimentos devengados que corresponderían a fechas posteriores al requerimiento por lo que considera que el delito ya estaba consumado. Al respecto se debe afirmar que no podemos arribar a esa conclusión con ese simple hecho, puesto que, el delito no se consume por el mero hecho de no cumplir con dicha obligación alimentaria porque se trata de un delito doloso, de tal forma que es necesario acreditar que el incumplimiento se realizó en primer lugar conociendo los elementos objetivos del tipo penal y luego omitir voluntariamente con el mandato judicial, análisis que no se ha realizado en forma adecuada en el presente caso.

Al desconocerse porque no se pagó en el momento del requerimiento y si se hizo con posterioridad, es un tema de duda y al no existir prueba en concreto no se puede estar a lo más desfavorable y debió absolverlo de la acusación fiscal, más aún, si se ha cumplido con el pago total de los alimentos devengados.

Por otro lado, no se ha hecho ningún tipo de análisis respecto de las otras categorías del delito.

3) Expediente N° 03791-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 03 de abril de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que, el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 2,331.24 soles, según la resolución de requerimiento N° 27 de fecha 18 de setiembre de 2012.

Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, cabe precisar que el acusado no ha prestado su declaración instructiva.

Por su parte, la agraviada refiere en su declaración preventiva que el procesado no le hizo entrega del dinero a cuenta de la liquidación, asimismo, indica que desconoce a qué se dedica y cuánto percibe mensualmente, pero, tiene conocimiento que el procesado le hizo un juicio a una empresa minera y le pagaron una prima de S/. 50,000.00 soles. El presente proceso ha concluido con una sentencia condenatoria, donde se le ha impuesto un año de pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por un periodo de prueba de un año, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 1000.00 soles; sin perjuicio de pagar las pensiones alimenticias devengadas en el mismo plazo.

Análisis

Se trata de una sentencia condenatoria por una liquidación de s/ 2331.24 soles.

En el presente caso, al hacer la valoración probatoria el juez únicamente se ha

basado en las copias remitidas por el Juzgado de Paz Letrado puesto que, durante el proceso penal aparece como medios de prueba precisamente las copias certificadas y el certificado de antecedentes penales negativo del procesado. El acusado no ha presentado su declaración inductiva.

El juez desarrolla el análisis de los medios de prueba consistentes únicamente en las copias del proceso de alimentos donde aparece la existencia de una liquidación de devengados notificada al acusado y la constancia de su incumplimiento por lo cual concluye que concurre todos los elementos.

Como se advierte la sentencia condenatoria responde exclusivamente a las copias certificadas puesto que además de ellas no se ha actuado ningún medio de prueba en el proceso penal por lo que a criterio del investigador con la sola remisión de copias no sería suficiente para poder concluir que la conducta del imputado sea dolosa, y de ser así ya sería insulso iniciar un proceso penal y que con la sola remisión de copias ya se tendría que condenar a una persona, lo cual es un despropósito.

En caso de autos no se ha acreditado la conducta dolosa del acusado porque se desconoce que ocurrió al momento de ser requerido, y solo en caso que haya tomado conocimiento y estado en la posibilidad de cumplir con su obligación alimentaria no lo hubiera hecho se estaría recién ante una conducta dolosa de lo contrario, resulta apresurada esta conclusión.

El juez ha mencionado las otras categorías del delito solo como parte de un formato no habiendo analizado con los hechos materia de juzgamiento.

4) Expediente N° 04134-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido, en que él mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 1,292.40 soles, según la resolución de requerimiento N° 12 a fojas 57 a 61.

Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, el procesado alega no haber sido notificado en forma personal con auto apertorio de instrucción, de ampliación, acusación y resolución que pone de manifiesto el proceso, asimismo cabe precisar que el procesado no ha prestado su declaración instructiva.

Por su parte, la parte agraviada señala que el procesado no ha amortizado ninguna suma y que ni siquiera conoce a su hijo porque lo abandonó, asimismo refiere que el procesado es agricultor y que sus padres le apoyan con la manutención de su hijo alimentista, sin embargo, su hijo carece de servicios básicos. El presente proceso ha concluido con una sentencia condenatoria, donde se le ha impuesto un año de pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por un periodo de prueba de un año, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 400.00 soles; sin perjuicio de pagar las pensiones alimenticias devengadas.

Análisis:

El presente caso se trata de una sentencia condenatoria por una liquidación de alimentos hasta por la suma de s/ 1292.40 soles en la cual el juez al momento de realizar la valoración de los medios de prueba hace un desarrollo del tema de tipicidad analizando las copias remitidas por el Ministerio Público del proceso de alimentos llegando a la conclusión que al haber sido notificado válidamente con el requerimiento y no haber pagado en el plazo establecido la conducta dolosa estaba acreditada por lo cual le ha impuesto una pena, sin embargo se tiene que este análisis corresponde a un formato debido a que no se ha analizado en concreto las pruebas que se han actuado en el proceso de omisión a la asistencia familiar teniendo únicamente como medios de prueba las copias certificadas del proceso de alimentos y los antecedentes judiciales y penales y no se tiene la declaración del acusado para saber cuál es el motivo por el cual no ha cumplido con su obligación alimentaria en su oportunidad.

Por otro lado, se realiza el juicio de tipicidad, antijuridicidad y juicio de imputación personal con un formato, esto debido a que si no se ha tomado su declaración instructiva del acusado como se sabe que el mismo es inteligente y capaz para motivarse por la norma pena.

Por consiguiente, en este caso al no haberse actuado medios de prueba, aparte de los ya mencionados, en el proceso penal resulta insuficiente para poder concluir que la conducta del acusado resulta siendo dolosa, puesto que, si se analiza únicamente en base a las copias del proceso de alimentos, ya no tendría sentido el proceso penal y bastaría dichas copias para condenarlo válidamente, lo cual es un despropósito.

En relación a las otras categorías se menciona tangencialmente sin realizar ningún análisis en concreto respecto a los hechos materia de juzgamiento.

5) Expediente N° 00874-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 07 de marzo de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado a consistido en que él mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 5,288.99 soles, según la resolución de requerimiento N° 36, de fecha 31 de julio de 2013.

Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, el acusado tenía conocimiento del proceso de alimentos que se le sigue en su contra, asimismo indica que las notificaciones llegaban a la oficina del abogado que su hermana había contratado, quien nunca le comunicó sobre dichas comunicaciones, de la misma forma señala que tiene los voucher de depósitos que probablemente acrediten que existe un saldo a favor de su hijo y por último señala que tiene dos hijas en etapa universitaria.

Por su parte, el agraviado señala que a la fecha el acusado no le hizo entrega de dinero, asimismo indica que los voucher originales que obran a fojas 160 a 184 corresponden a la liquidación pasada de fecha 11 de noviembre del año 2009 al 11 de noviembre del año 2010, además tiene conocimiento que su

padre el acusado es comerciante y tiene dos hijas. El presente proceso ha concluido con una sentencia de reserva de fallo condenatorio, que dispone un plazo de reserva de un año, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 300.00 soles.

Análisis

En el presente caso se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar respecto a una liquidación de s/ 5288.99.

En el presente caso el juez también ha realizado un análisis en base a las copias remitidas por el Ministerio Público arribando a la conclusión de que el delito estaría consumado por el hecho de que la liquidación de alimentos fue válidamente notificada al acusado y que éste incumplió.

Durante el proceso penal el acusado ha cumplido con pagar los alimentos devengados y al momento de ser examinado a referido que sí tenía conocimiento del proceso de alimentos, sin embargo, las notificaciones llegaban donde el abogado el mismo que nunca le comunicó sobre dichas notificaciones.

De ser cierta esta versión se concluiría en primer lugar que el acusado no ha tenido conocimiento de los alimentos devengados que debería pagar y al no tener conocimiento es obvio que no haya cumplido en ese momento por lo que su conducta no resultaría siendo dolosa y por el contrario ya con posterioridad tomó conocimiento de dicho requerimiento por lo cual ha cumplido con dichos alimentos devengados y pese a ello al concluir que si se ha consumado el delito y la responsabilidad penal del acusado, el juez ha emitido una sentencia con reserva de fallo condenatorio con un plazo de reserva de 1 año.

De la sentencia se advierte que no se ha analizado las demás categorías del tipo penal, sino, únicamente se ha limitado a realizar la subsunción típica de la conducta que aparece de las copias certificadas para concluir por la responsabilidad penal del acusado.

Por consiguiente, en el presente caso la conducta podría resultar atípica por lo que no corresponde ningún tipo de responsabilidad penal.

6) Expediente N° 04250-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 13 de Julio de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 1,223.30 soles, según la resolución de requerimiento que obra de fojas 19 a 23.

Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, cabe precisar que el acusado no ha prestado su declaración instructiva. Por su parte, el agraviado no ha prestado su declaración preventiva.

El presente proceso ha concluido con una sentencia condenatoria, donde se le ha impuesto un año de pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por un periodo de prueba de un año, sujeto al cumplimiento de reglas de

conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 500.00 soles; sin perjuicio de pagar las pensiones alimenticias devengadas.

Análisis

En el presente caso el juez ha realizado un análisis y valoración de las pruebas en relación a la responsabilidad penal únicamente con las copias remitidas por el Juzgado de Paz Letrado a la fiscalía indicando incluso los folios de la sentencia, de la liquidación, de la aprobación, del requerimiento y arribando a la conclusión que el acusado en forma dolosa habría incumplido su obligación alimentaria incluso realiza el juicio de tipicidad donde subsume los hechos en el artículo 149 del código penal indicando los elementos como son omitir dolosamente cumplir su prestación de alimentos, que la obligación haya sido establecida previamente por una resolución judicial y que haya sido puesto en conocimiento del obligado bajo las formalidades establecidas por ley.

También se ha realizado el juicio de antijuridicidad indicando que la conducta del acusado no está justificada y finalmente el juicio de imputación personal en el sentido que el acusado es inteligente y capaz de motivarse por la norma.

Como se advierte de la sentencia, en realidad se ha utilizado una plantilla o formato ,puesto que, se menciona estas categorías del delito, pero en forma genérica sin referirse al caso en concreto toda vez que no se sabe cuál es la versión del acusado porque conforme aparece del segundo considerando referido a argumentos de defensa no se cuenta con la declaración instructiva, esto es, que el acusado no ha declarado, por consiguiente, se desconoce por qué motivo en su oportunidad no ha cumplido con pagar los alimentos

devengados si es que válidamente se le ha puesto en conocimiento en relación a los alimentos devengados.

Que era necesario analizar que el acusado ha tomado conocimiento válido de su obligación de pagar los devengados (elemento cognoscitivo), y pese a este conocimiento a omitido voluntariamente con dicha obligación (elemento volitivo), y solo en ese supuesto se puede concluir que ha actuado con dolo y por lo tanto, la conducta resulta siendo típica y si además es antijurídica y culpable válidamente le corresponde la pena situación que no aparece en la presente sentencia.

Se concluye también que la sentencia usa un formato, puesto que, al realizar el juicio de imputación personal se dice que el acusado es inteligente y capaz de motivarse por la norma penal y no se sabe de dónde ha sacado esta conclusión el juez porque simplemente no ha prestado su declaración.

7) Expediente N° 03421-2016-66-1501-JR-PE-04

Hechos

Tramitado en el primer juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 5,142.76 soles, según la resolución de requerimiento N° 15 de fecha 13 de noviembre de 2015.

Estos hechos se han tipificado como delito de omisión a la asistencia familiar, prevista por el artículo 149 del código penal. Dentro de los argumentos de defensa, el acusado ha aceptado todos los cargos en su contra.

Por su parte, la parte agraviada no presenta ninguna declaración preventiva, puesto que el acusado ha aceptado los cargos que se le imputa respecto a este delito de omisión a la asistencia familiar. El presente proceso ha concluido con una sentencia condenatoria, donde se le ha impuesto diez meses y ocho días de pena privativa de la libertad de ejecución suspendida por un periodo de prueba de un año, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, así como se ha fijado por concepto de reparación civil la suma de S/. 400.00 soles; sin perjuicio de pagar las pensiones alimenticias devengadas.

Análisis

Debe tenerse en consideración que tratándose de una conclusión anticipada del juzgamiento, donde el acusado acepta los cargos, sin embargo, es necesario analizar si los hechos que han motivado el proceso penal se adecua o no al tipo penal correspondiente; asimismo es importante deslindar si el acusado al haber sido notificado con el requerimiento se encontraba en la posibilidad de poder cumplir con dicha obligación y pese a ello no lo hizo o que otras circunstancias se habrían presentado y en ese momento.

De ser afirmativa la respuesta es obvio que se encontraría en una conducta dolosa; en caso contrario, faltaría este elemento subjetivo del tipo penal, por consiguiente, la conducta resultaría siendo atípica y por lo tanto no habría delito y no le correspondería ninguna pena.

Que en la sentencia materia de análisis el juez se ha limitado a dar por probado el delito únicamente ha determinado la responsabilidad penal por lo tanto no se ha realizado ningún tipo de análisis en relación al dolo.

Tampoco se ha desarrollado ningún análisis de las otras categorías del delito, tampoco se ha realizado ningún análisis en relación a la tipicidad por parte del juez.

Tratándose de una sentencia de conclusión anticipada lo que no se puede hacer es valorar los medios de prueba, puesto que hay aceptación de cargos, pero, lo que sí se puede hacer es analizar por ejemplo la concurrencia o no del dolo en el caso en concreto situación que no se ha realizado.

8) Expediente N° 559-2017-46-150-JR-PE-04

Hechos

Tramitado en el primer juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 7 de julio de 2017.

En el presente caso se trata de una liquidación ascendente a la suma de s/ 5296 que el obligado debía de acudir en favor de sus hijos menores. En el presente caso se tiene que el procesado ha aceptado los cargos, por lo cual se somete a la conclusión anticipada del juzgamiento, por lo tanto, se le ha impuesto la 10 meses con 8 días de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida por un plazo de 1 año como periodo de prueba.

Análisis

Tratándose una sentencia de conclusión anticipada de juzgamiento, el juez se ha limitado a referir que por haber aceptado los cargos estaría acreditada la responsabilidad penal del acusado, sin embargo, debe tenerse en consideración que así se trate de una aceptación de cargos, el juez debe de analizar si en el caso en concreto existe o no el delito y la responsabilidad penal del acusado. Para determinar la existencia del delito, debe analizar si en el caso en concreto la conducta del acusado es típica, antijurídica y culpable y solo en ese supuesto debe concluir que corresponde la imposición de una pena puesto que la aceptación de cargos de ninguna manera es aceptación de responsabilidad porque analizada la misma puede resultar que la conducta se atípica, existe una causa de justificación o de inculpabilidad e incluso de no punibilidad.

En caso de autos se han limitado a preguntar al acusado si acepta o rechaza los cargos, sin embargo, no se ha indagado cuál ha sido el motivo por el cual no ha cumplido con pagar oportunamente los alimentos que ordenaba la sentencia para poder saber si en forma dolosa estaba incumpliendo esta obligación.

De la sentencia de conformidad, se advierte que no se ha realizado ningún tipo de análisis respecto a la categoría jurídica de la tipicidad para poder determinar si la conducta del acusado cumple con los presupuestos de los elementos objetivos y subjetivos especialmente los subjetivos en relación al elemento cognoscitivo y al elemento volitivo, puesto que, ha podido conocer su obligación de pagar los devengados pero en ese momento la circunstancias que le impidieron cumplir con dicha obligación, toda vez que, ya con posterioridad a realizado un depósito judicial por la suma de s/ 5300, también se advierte en la presente sentencia que el juez ha condenado basándose

únicamente en las copias remitidas por el Ministerio Público del proceso de alimentos, con lo cual únicamente se acredita que él obligado habría sido válidamente requerido, esto es, que habría tomado conocimiento de su obligación de prestar alimentos, sin embargo, se desconoce si voluntariamente ha decidido omitir dicha obligación para determinar si su conducta ha sido o no dolosa.

De la sentencia tampoco aparece ningún tipo de análisis a las categorías del delito y en forma genérica se dice que por haber aceptado los cargos se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado

9) Expediente N° 699-2017-49-1501-JR-PE-01

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2017.

Se trata de una sentencia condenatoria por una liquidación ascendente por la suma de s/ 1265.46 soles.

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde se la ha impuesto 10 meses con 8 meses de pena privativa de la libertad.

Análisis

Tratándose de una conclusión anticipada donde el acusado acepta los cargos formulados por el Ministerio Público donde no se puede realizar ningún tipo de valoración probatoria, sin embargo, si es posible poder realizar un tema de análisis de las categorías del delito especialmente el tema de la tipicidad con la

finalidad de determinar si la conducta del acusado resulta siendo dolosa o no porque solo en ese supuesto se puede imponer una sentencia condenatoria.

En caso de autos se ha dado por acreditado el delito con la sola aceptación de cargos y se ha pasado a analizar el tema de determinación de pena y reparación civil.

No se ha realizado ningún tipo de análisis en relación al tema de la tipicidad y especialmente si en el presente caso la conducta del acusado era dolosa.

Que era necesario realizar este análisis y además desarrollar también las otras categorías del delito para que válidamente se pueda establecer que nos encontremos en un caso que amerita una sanción penal.

10) Expediente N° 1793-2017-59-1501-JR-PE-01

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 1,503.04 soles, según la Resolución de Requerimiento N° 11.

Análisis

Estamos ante un caso de conclusión anticipada de juzgamiento, por lo cual, el juez se ha limitado a la determinación de la pena y la responsabilidad civil y no ha realizado ningún tipo de análisis en relación a las categorías del delito especialmente en cuanto al tipo penal si la conducta resultaba típica o no.

Si bien es cierto cuando se trata de una sentencia de conclusión anticipada ya no se puede realizar valoración probatoria por la aceptación de cargos, pero, si se puede analizar el tema de las categorías del delito es por ello que incluso se puede absolver de la acusación fiscal si la conducta resulta siendo atípica, que exista alguna causa de justificación o de inculpabilidad.

En caso de autos, el juez ha debido desarrollar este análisis para poder determinar especialmente si la conducta del acusado resultaba siendo dolosa, puesto que, solo es legítima una condena cuando el sujeto activo ha actuado con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y en ese caso ha omitido su obligación alimentaria en forma voluntaria.

Que el señor juez debió de haber observado el fundamento noveno del acuerdo plenario 5-2008/CJ-116 asunto: nuevos alcances de la conclusión anticipada, que tiene carácter de doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria.

Que, al no haber observado, precisamente se ha vulnera la debida motivación de la sentencia condenatoria.

Que esta falta de motivación de observación al referido acuerdo plenario, es porque el juez no tiene conocimiento del mismo.

11) Expediente N° 1847-2017-21-1501-JR-PE-01

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 18 de agosto de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 8,573.45 soles, según la resolución de requerimiento N° 04 de fecha 11 de octubre de 2016. El imputado ha aceptado todos los cargos formulados en su contra.

Se trata de una sentencia por delito de omisión a la asistencia familiar respecto a una liquidación de s/ 8573.45 soles.

Análisis

Se está ante un supuesto de conclusión anticipada de juzgamiento por aceptación de cargos donde el juez se ha limitado a realizar el tema de la determinación de la pena y la reparación civil.

Si bien es cierto cuando se trata de una conclusión anticipada efectivamente debe procederse de esa forma no siendo posible realizar valoración probatoria, sin embargo, y conforme también lo precisa el referido acuerdo plenario 5-2008/ CJ-116, sobre los nuevos alcances de la conclusión anticipada, puede darse el supuesto que la conducta resulte siendo atípica, con causa de justificación o de inculpabilidad por lo que es necesario analizar previamente estos temas y en el caso en concreto determinar si la conducta del acusado ha sido o no dolosa para poder imponer una pena.

Que no se ha realizado este análisis de ninguna de las categorías del delito lo cual debe considerarse como una omisión y que la sentencia condenatoria no resulta siendo legítima porque no se ha determinado con precisión si la conducta del acusado es o no dolosa.

Que el juez no ha tenido en consideración, que el acuerdo plenario, tiene carácter de doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria, para todos los jueces del país.

Que esta inobservancia, ha conllevado a que su sentencia condenatoria puede ser calificada de arbitraria, porque de analizarse todas las categorías del delito y especialmente del tipo penal, ante la falta del elemento volitivo del dolo, cabría una absolución.

12) Expediente N° 2010-2017-62-1501-JR-PE-01

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 20 de julio de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 929.87 soles, según la resolución de requerimiento. El imputado presenta un voucher por la suma de s/1000 soles en la audiencia, haciéndose efecto el descuento correspondiente en la pensión de liquidación de alimentos devengados.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde el juez únicamente se ha limitado a la determinación de la pena y a la responsabilidad civil, no habiéndose realizado ningún tipo de análisis respecto a las categorías del delito, especialmente si la conducta del acusado resultaba siendo dolosa o no.

En las sentencias de conclusión anticipada no se puede realizar ningún tipo de valoración probatoria, sin embargo, conforme lo establece en su fundamento noveno, es posible analizar y absolver de ser el caso, si la conducta del acusado resulta siendo atípica, con causa de justificación o inculpabilidad, por lo cual es importante realizar este tipo de análisis.

Que el juez al no haber realizado, ni mencionado en absoluto respecto a las categorías del delito ha obviado un tema de mucha importancia que podría haber llevado incluso a la absolució del acusado si se tiene en consideración que el delito de omisión a la asistencia familiar no solo es el mero incumplimiento de la obligación de pagar los alimentos, sino que ésta se realiza de manera dolosa esto es con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y que la omisión sea voluntaria.

13) Expediente N° 2117-2011-1-1501-JR-PE-03

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 15 de setiembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 9,984.00 soles, según la resolución de requerimiento.

Análisis

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar respecto a una liquidación de s/ 9984 soles, en la cual el juez ha

condenado al acusado así como ha fijado un monto por reparación civil y por tratarse de una sentencia de conformidad al haberse sometido a la conclusión anticipada de juzgamiento se ha limitado a la evaluación de la determinación de la pena y la responsabilidad civil lo cual resulta coherente con el acuerdo plenario N° 05-2008/CJ-116, en este sentido se prohíbe cualquier tipo de valoración probatoria, sin embargo, conforme al fundamento noveno del referido acuerdo plenario, puede realizar análisis de las categorías del delito para poder incluso absolver de los cargos imputados en los supuestos de atipicidad, causa de justificación o de inculpabilidad por lo cual es imprescindible previamente realizar este análisis.

En caso de autos en la sentencia materia de análisis no se ha realizado ni mencionado las categorías del delito y se ha dado ya por probado, sin embargo, ello no resulta adecuado puesto que el delito de omisión a la asistencia familiar no es el mero incumplimiento de la obligación alimentaria, sino que esta se tenga que realizar en forma dolosa, esto es, con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y la omisión tiene que ser voluntaria, y que en caso de autos se ha podido incluso absolverse de la acusación fiscal.

Que siendo así, se ha inobservado aplicar en su integridad este acuerdo plenario, que tiene la calidad de doctrina jurisprudencial de (observancia) obligatoria por todos los jueces del país.

Que esta inobservancia ha conllevado, a que la sentencia condenatoria, que pudo haber tenido otro resultado, sea arbitraria, por la falta del análisis de las categorías del delito, y en especial, la tipicidad, y dentro de ella el dolo con sus dos elementos.

14) Expediente N° 2128-2017-29-1501-JR-PE-04**Hechos**

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 31 de octubre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que el mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 3,945.12 soles, según la resolución de requerimiento.

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión de asistencia familiar ascendente a la suma de s/ 3945.12 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde el acusado ha aceptado los cargos imputados por el Ministerio Público por lo que el juez en su sentencia se ha limitado a analizar el tema de determinación de la pena y la reparación civil.

Si bien es cierto conforme al acuerdo plenario N° 05-2008/CJ-116 en estos supuestos no se puede realizar valoración probatoria precisamente porque los cargos han sido aceptados, sin embargo, es posible absolver de la acusación fiscal en los supuestos de atipicidad, concurrencia de alguna causa de justificación de inculpabilidad, por lo que es necesario que el juez deba desarrollar previamente este análisis en relación a las categorías del delito, situación que no existe en caso de autos.

Como se advierte en la presente sentencia no se ha mencionado ninguna de las categorías del delito y menos se ha desarrollado un análisis conclusivo de que la conducta del acusado sea dolosa esto si se tiene en consideración que el delito de omisión a la asistencia familiar se consuma, no con el mero hecho de incumplir la obligación alimentaria sino que este incumplimiento sea doloso esto es que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo penal, esto es, que está incumpliendo con el pago de alimentos ordenados por una resolución judicial, y que pese a ese conocimiento voluntariamente decida no cumplir.

15) Expediente N° 2375-2017-69-1501-JR-PE-01

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 22 de setiembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 12,155.15 soles, según la resolución de requerimiento.

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar respecto a una liquidación ascendente a la suma de s/ 12155.15 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde se ha impuesto pena privativa de la libertad de carácter suspendida, con un periodo de prueba sometido a reglas de conducta y el pago de una reparación civil.

En la presente sentencia se ha desarrollado y analizado exclusivamente la determinación de la pena y la reparación civil por lo que el tema de valoración probatoria no ha sido desarrollado porque al existir aceptación de cargos ya no es necesario realizar valoración probatoria, pero, si es posible llegar a la absolución en los casos de existir causas de atipicidad, de justificación de inculpabilidad, por lo que es importante que el juez haya podido analizar previamente estos temas, sin embargo de la sentencia analizada se advierte que no lo ha hecho.

También es necesario precisar que el delito de incumplimiento a la obligación alimentaria no se consuma automáticamente o del mero incumplimiento de la obligación alimentaria, sino, que ésta tiene que ser de carácter dolosa, esto es, en primer lugar que concurran los elementos objetivos del tipo penal, que se tenga conocimiento por parte del sujeto activo de estos elementos y que en forma voluntaria se omita el cumplimiento y que al no haberse analizado ese tema se habría omitido la posibilidad de poder absolver al acusado de la acusación fiscal.

16) Expediente N° 2623-2017-26-1501-JR-PE-03

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 24 de noviembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/.

2,073.80 soles, según la resolución de requerimiento N° 35 de fecha 02 de noviembre de 2016.

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar respecto de una liquidación ascendente a la suma de s/ 2073.80 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde el acusado ha aceptado los hechos por lo que al órgano jurisdiccional le corresponde determinar la pena y la reparación civil.

En el acuerdo plenario 05-2008/CJ-116 asunto: nuevos alcances de la conclusión anticipada, indica precisamente que ante la aceptación de cargos por parte del acusado ya no es posible realizar valoración probatoria alguna, sin embargo, conforme al fundamento noveno, es posible llegar incluso a la absolución si se dan los supuestos de causas de justificación, inculpabilidad o de atipicidad.

En caso de autos, el juez no ha realizado, ni ha mencionado nada en relación a las categorías del delito, incluso no ha desarrollado el tema de que, si la conducta atribuida al acusado es o no dolosa puesto que, este delito no se consume con el mero hecho de incumplir la obligación alimentaria, sino con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y que pese a ese conocimiento en forma voluntaria decida omitir su cumplimiento.

Hubiera sido importante que el juez desarrolle estos temas para que su sentencia condenatoria tenga legitimidad.

Que el señor juez ha incumplido su obligación de motivar la sentencia conforme a los fundamentos del acuerdo plenario citado, que tiene el carácter de doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria por todos los jueces.

Que debió haber observado dicho acuerdo plenario, analizando cada una de las categorías del delito, principalmente la tipicidad, ha podido concluir incluso con la absolución del acusado, si es que no concurría el elemento volitivo, por no saber hasta ese momento, si el incumplimiento de su obligación alimentaria fue debido a una conducta omisiva de no querer cumplir con su obligación alimentaria o a otra motivación, como podría ser el caso de imposibilidad de poder cumplir con dicha obligación en el plazo dado en el requerimiento, por falta de medios económicos.

17) Expediente N° 2666-2017-47-1501-JR-PE-04

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 26 de diciembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 5,574.04 soles, según la resolución de requerimiento.

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de omisión a la asistencia familiar respecto de una liquidación de alimentos devengados ascendente a la suma de s/ 5574.04 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde se ha impuesto una pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por un periodo de prueba con reglas de conducta y se ha fijado un monto por reparación civil.

Que en el aplicación del acuerdo plenario N° 05-2008/CJ-116 no se ha realizado valoración probatoria alguna precisamente por la aceptación de cargos, sin embargo, ello no obsta a que se haya podido absolver de la acusación fiscal los supuestos de atipicidad, concurrencia de causas de justificación o de inculpabilidad por lo que hubiera sido importante que el juez hubiere realizado análisis de las categorías del delito y especialmente del tema del dolo para poder determinar si la conducta del acusado en el caso en concreto fue o no dolosa puesto que este delito no se limita al mero incumplimiento de la obligación alimentaria sino que este tenga que ser doloso esto es con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y el incumplimiento voluntario.

18) Expediente N° 2754-2016-10-1501-JR-PE-04

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado, han consistido en haberse sustraído del pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 1,324.04 soles, según la resolución de requerimiento N° 14 de fecha 20 de octubre de 2015. El imputado ha aceptado todos los cargos formulados en su contra.

Se trata de una sentencia condenatoria por delito de incumplimiento de obligación alimentaria respecto de una liquidación ascendente a la suma de s/ 1324.04 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada donde el juez únicamente ha realizado el tema de la determinación de la pena y la reparación civil conforme al acuerdo arribado por las partes y no ha realizado ningún tipo de valoración probatoria en atención al acuerdo plenario N° 05-2008/CJ-116, precisamente porque el acusado ha aceptado todos los cargos imputados en su contra, sin embargo, pese a existir la aceptación de cargos formulados por el Ministerio Público, no necesariamente tiene que concluir con una sentencia condenatoria, siendo incluso posible que el juez, pueda absolverlo de la acusación fiscal siempre y cuando se dé los supuestos de atipicidad, concurrencia de causas de justificación o de inculpabilidad, por lo que resultaba imprescindible que el juez haya analizado estos temas.

En la sentencia materia de análisis, se advierte que el juez no ha analizado estos temas y, es más, ni siquiera los ha mencionado a las categorías del delito. Dentro de las categorías del delito, debió de haber empezado a analizar la tipicidad, y dentro de ella, sus elementos objetivos, luego los elementos subjetivos, dentro de los cuales, precisamente se ubica el dolo, si se tiene en consideración que este delito no solo se materializa con el simple incumplimiento de la obligación alimentaria, sino que la conducta tenga que ser dolosa, esto es que el sujeto activo tenga conocimiento de los elementos

objetivos del tipo penal (elemento cognoscitivo) y que pese a dicho conocimiento omite con su obligación alimentaria (elemento volitivo).

Al no haber analizado, estos temas, no se sabe, cómo es que, el señor juez concluye con la responsabilidad penal del acusado, que pese a haber aceptado los cargos (conclusión anticipada), de por si no se puede concluir con su responsabilidad penal.

El acuerdo plenario 5-2008/CJ-116, asunto: nuevos alcances de la conclusión anticipada, en el fundamento 16 en forma categórica dice:

Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita -vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato (vinculatio facti)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (vinculatio criminis y vinculatio poena) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir,

modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención -completa o incompleta o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria -por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción -que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver inaudita parte]. (...).

Que el señor Juez, no ha tenido en cuenta este acuerdo plenario, pese a tener conocimiento, que él mismo es de cumplimiento obligatorio, puesto que, constituye doctrina jurisprudencial de cumplimiento obligatorio. Que siendo así, el señor juez ha omitido, con dicha obligación, pudiendo concluirse, que dicha omisión podría ser por desconocimiento del acuerdo plenario o por falta de preparación en estos temas de la teoría del delito, pero que, sin embargo, estaba obligado a cumplirlos.

Su omisión lo que ha ocasionado, es que se expida una sentencia condenatoria arbitraria, puesto, que de analizarse conforme al acuerdo plenario citado, podría haber la posibilidad que el hecho no configure delito, por un tema de atipicidad, porque no se sabe, si al momento de ser requerido para que pague los alimentos devengados, donde toma conocimiento del hecho (elemento cognoscitivo) ha omitido su obligación alimentaria, porque simplemente no quería cumplirlo (elemento volitivo), o tal vez ha incumplido por otros motivos, como podría ser el caso, que en ese momento, carecía de medios económicos y estaba imposibilitado de cumplir, en cuyo caso, su conducta ya dejaría de ser típica, por falta del elemento volitivo.

19) Expediente N° 2867-2017-48-1501-JR-PE-03

Hechos

Tramitado en el primer juzgado penal unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído el pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de S/. 14,062.40 soles, según la resolución de requerimiento N° 14.

Se trata de una sentencia en la que se condena por delito de incumplimiento de obligación alimentaria al acusado respecto a una liquidación de alimentos ascendente a la suma de s/ 14062.40 soles.

Análisis

Se trata de una sentencia de conclusión anticipada, en la cual el juez se ha limitado a realizar únicamente la individualización de la pena y la responsabilidad civil, esto en atención al acuerdo plenario 05-2008/CJ-116 que establece que de existir la aceptación de cargos por parte del acusado no se puede realizar valoración probatoria alguna, sin embargo esto no impide que de concurrir alguna causa de atipicidad, justificación o de inculpabilidad se pueda absolver de la acusación al acusado que acepta los cargos por lo cual resultaba importante que el juez haya desarrollado las categorías del delito dentro de ellas el tema de la tipicidad toda vez que el delito de incumplimiento de obligación alimentaria no se consuma con el mero hecho de incumplir con dicha obligación, sino que además esta se realiza en forma dolosa, esto es, que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo penal y pese a dicho conocimiento en forma voluntaria omita su cumplimiento. En caso de autos, el juez no ha desarrollado algún análisis respecto a las categorías del delito, ni siquiera los ha mencionado.

Resultaba de suma importancia, que el juez cumpla su obligación de motivar adecuadamente su condena, conforme al fundamento noveno del referido

acuerdo plenario, puesto que cabía la posibilidad de poder analizar, cada una de las categorías del delito, y dentro de ellas, la del tipo penal para comprobar la concurrencia de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal, que en el presente caso, sí concurren; sin embargo, en cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal, esto es el dolo, requería de un análisis, para poder comprobar sobre la concurrencia de sus dos elementos, esto es el cognoscitivo y el volitivo. Cuando fue requerido para que cumpla con pagar los alimentos devengados, es obvio, que tomó conocimiento, por lo que era imprescindible comprobar si fue notificado válidamente con dicho requerimiento. Por otro lado, una vez que haya tomado conocimiento del requerimiento, esto es, de su obligación de pagar los alimentos devengados ordenados por el juez (elemento cognoscitivo), saber si en ese momento, omitió dicha obligación, simplemente porque quiso omitir, o es que, se presentó alguna otra circunstancia que impidió dicho cumplimiento, como podría ser la falta de dinero en ese momento debido a diversos factores como falta de trabajo, enfermedad, abandono, etc., en cuyo supuesto, ante la falta de este elemento, la conducta resultaría atípica, y por consiguiente, le correspondería una sentencia absolutoria.

Que siendo así, ante el incumplimiento del señor juez, del acuerdo plenario, que tiene el carácter de doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria para todos los jueces, la sentencia condenatoria, devendría en arbitraria.

Que esta inobservancia, podría deberse a una falta de conocimiento del juez del carácter de doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria, o a una falta de preparación en relación a las categorías del delito, y que sería la razón

por la cual, el señor juez, ha obviado hacer algún tipo de análisis en relación a estos temas.

20) Expediente N° 4206-2013-0-1501-JR-PE-02

Hechos

Tramitado en el segundo juzgado unipersonal de Huancayo, proceso seguido por delito de omisión a la asistencia familiar. Sentencia de fecha 12 de mayo de 2017.

Los hechos que se atribuyen al acusado han consistido en que él mismo se ha sustraído al pago de las pensiones alimenticias hasta por la suma de s/ 1,887.09, según la resolución de requerimiento.

Se trata de una sentencia condenatoria respecto de una liquidación de alimentos ascendente a la suma de s/ 1887.09 soles.

Análisis

El juez ha realizado valoración probatoria únicamente en relación a las copias certificadas remitidas por el Juzgado de Paz Letrado y además ha tenido en consideración una cantidad de voucher de pago, con lo cual se acreditaba parte de los alimentos devengados habrían sido cancelados, se realiza un análisis en relación a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero como parte de un formato pues se tiene de autos que el acusado no ha cumplido con prestar su correspondiente declaración y pese a ello se dice que ha actuado dolosamente y que se ha podido motivar por la norma.

Si bien es cierto existen copias del proceso de alimentos donde se acredita el mandato judicial, la notificación del requerimiento, así como el no pago oportuno, sin embargo, se desconoce cuáles habrían sido las motivaciones por

las cuales el acusado en su oportunidad ha incumplido su obligación alimentaria esto para poder concluir que su conducta ha sido dolosa.

Que el mero hecho de tener las copias certificadas no se significa que automáticamente deba condenarse, pues de ser así resultaría insulso la existencia de un proceso y que con las solas copias ya debería condenarse, lo cual resulta un despropósito.

Si bien es cierto se ha mencionado de manera bastante sintética las categorías del delito, pero, se ha hecho como parte de un formato sin hacer ningún tipo de análisis respecto al caso en concreto.

Al realizarse un análisis de la categoría tipicidad, en primer lugar se analiza la concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal, esto, es los sujetos activo y pasivo, los elementos descriptivos y normativos, la descripción tipifica, y posteriormente, se analiza la concurrencia del elemento subjetivo, que en este caso es el dolo, puesto, que el delito de omisión a la asistencia familiar es un delito doloso, se debe analizar la concurrencia del elemento cognoscitivo, esto es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal ya descritos, y luego la concurrencia del elemento volitivo, esto es la voluntad de omitir esa obligación. Esto se materializa, cuando se notifica el requerimiento de pago de los alimentos devengados a nivel del juzgado de paz letrado, con el apercibimiento expreso, de que, si no cumple, se remitiría copias certificadas al Ministerio Público para la denuncia penal correspondiente, por lo que este extremo se verifica, cuando se notifica válidamente con dicho requerimiento (elemento cognoscitivo). Que siendo así, es necesario saber si la omisión para el cumplimiento del pago de los

alimentos devengados, es porque simplemente no los quiere pagar (elemento volitivo), es decir, tiene la voluntad de incumplir dicha obligación. Pero, es diferente, cuando, dicho incumplimiento se deba a otros motivos, como puede ser la falta de dinero en ese momento, por diversos factores, esto es, que esté sin trabajo, esté enfermo, o tenga la imposibilidad de poder conseguir dinero para cumplir dicha obligación en ese plazo, que se le ha concedido. En este último supuesto, la conducta resultaría atípica por falta del elemento volitivo. Por esta razón, es importante que el juez, analice estos temas relacionados a las categorías del delito.

CONCLUSIONES

- 1) Luego de haber realizado el correspondiente análisis de las 20 sentencias condenatorias (muestreo aleatorio) así como los cuadros estadísticos resumen se concluye que los jueces penales de los juzgados liquidadores y juzgados unipersonales de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín al momento de expedir sus sentencias condenatorias por delito de omisión a la asistencia familiar, específicamente el incumplimiento de obligación alimentaria no analizan adecuadamente el dolo como elemento subjetivo del tipo penal cuando concluyen por la responsabilidad penal del acusado, habiéndose advertido que en varios casos se ha pretendido fundamentar pero se ha utilizado únicamente formatos o plantillas.
- 2) Que esta falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de incumplimiento de obligación alimentaria obedece a un desconocimiento de la teoría del delito específicamente de la tipicidad, evidenciándose que en algunos casos también se ha pretendido desarrollar

estos temas, pero solo se ha hecho de manera tangencial como parte de una plantilla o formato.

- 3) Se ha llegado a determinar que la mayoría de los jueces penales se remite a analizar las copias certificadas remitidas por el Juzgado de Paz Letrado al Ministerio Público para sustentar la sentencia condenatoria, dejando de lado la prueba que debía de actuarse en el propio proceso penal por delito de omisión a la asistencia familiar.

RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda a los señores jueces penales que cuando emitan sentencias condenatorias por el delito de omisión a la asistencia familiar tengan que analizar y motivar en forma adecuada el tema del dolo para fines de emitir una sentencia condenatoria, puesto que este delito es de naturaleza dolosa y por consiguiente debe utilizarse y analizarse también las otras categorías del delito.
- 2) Que las copias certificadas del proceso de alimentos son importantes en la medida que ayudan a demostrar la existencia de la obligación alimentaria y la puesta en conocimiento del requerimiento, mas no para acreditar el elemento volitivo del dolo esto es si el incumplimiento del mandato judicial fue o no doloso.

- 3) Que una sentencia condenatoria debe evaluar en su conjunto las pruebas actuadas válidamente en el proceso penal, salvo el caso de las sentencias de conclusión anticipada donde no se analiza pruebas, pero sí debe analizarse las categorías del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arequipa, Tercera sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia De Arequipa. (23 de Mayo de 2017). *LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/exp-0070-2017-error-prohibicion-delito-omision-la-asistencia-familiar/>
- Ayma Mendoza, F. (2019). *El proceso inmediato en el delito de omisión a la asistencia familiar*. Lima: Instituto Pacífico.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Bacigalupo, E. (2006). *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dykinson.
- Baeza Pérez, E. (2010). *El elemento subjetivo del delito (dolo) y su acreditación en las causas penales*. Mexico: Flores Editor y Distribuidor.
- Baigún, D. (1974). *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*. Buenos Aires: Depalma.
- BARRERA, Q. T. (2015). *La omisión de prestación de alimentos. ¡Un delito que no debemos olvidar!* Lima: Actualidad Penal.
- Binder, A. (2004). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires.

- Cachay, F. (16 de Marzo de 2017). *LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-de-l-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>
- Caimmi, L., & Desimone, P. (1997). *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*. Argentina.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Palestra.
- Capacidad de pago del obligado, Exp. N ° 02945-2016-24-0401-JR-PE-01 (Tercera Sala Penal de Apelaciones 23 de Agosto de 2017).
- Carhuayano, J. (2017). *El delito de incumplimiento de obligación alimentaria y su influencia en la aplicación del principio de oportunidad*. Universidad Wiener, Lima.
- Caro Jhon, J. (2014). *La objetivación del conocimiento susceptible de imputación en Derecho Penal, en: Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.
- Caro John, J. (2010). *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*. Lima: Ara Editores.
- Carrara, F. (1977). *Programa de Derecho Criminal, Parte General*. Bogotá: Temis.
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: B d F.
- Chinchay, A. (16 de Marzo de 2017). *LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-de-l-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>
- Cossio, C. (2015). *La vía penal y los procedimientos de los magistrados del módulo básico de justicia de Jauja para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria*. Universidad Peruana del Centro, Huancayo. Obtenido de http://repositorio.upecen.edu.pe/bitstream/UPECEN/53/1/T102_41762849_T.pdf
- Cubillo, J. (2017). *Mecanismos para el pago forzoso de la obligación alimentaria, análisis y parámetros de comparación entre Costa Rica y algunos países de Latinoamérica*. Universidad de Costa Rica, Guanacaste. Obtenido de <http://ij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Jos%C3%A9-Andr%C3%A9s-Cubillo-Gonz%C3%A1lez-Tesis-Completa-.pdf>
- Diálogo con la Jurisprudencia, 306-2004 (PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA 24 de Noviembre de 2004).
- Domínguez, F. (2018). *El delito de omisión a la asistencia familiar: crítica desde la teoría jurídica y la jurisprudencia*. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho.
- Donna, E. (2001). *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Feijoo Sánchez, B. (2004). *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho.
- Fernandez. (s.f.). *Culpabilidad y teoría del delito*.
- Galdós, A. (1993). *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. 41.

- García, G. (2019). *OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR: TRES PROBLEMAS FUNDAMENTALES*. Lima: Instituto Pacífico.
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
- González Lagier, D. (s.f.). *Sobre la Atribución de Intenciones*.
- Gonzales Navarro, A. (2011). *La prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Colombia: Leyer Editores.
- Gonzales Solano, G. (2007). *El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva*. San José: Universidad de Costa Rica.
- González Solano, G. (2007). *El dolo y su prueba desde la perspectiva de la ciencia cognoscitiva*. San José: Universidad de Costa Rica.
- Hormazabal Malareé, H. (1990). *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos cualificados por el resultado*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hrukchka, J. (2009). *Imputación y Derecho Penal*. Madrid: Aranzadi.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Lima.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima: EDDILI.
- Hurtado, J. (s.f.). *Derecho Penal Parte General*. Lima.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Jurisprudencia Sumillada. (2013). *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Penal.
- Laurence, H. (16 de Marzo de 2017). *LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-de-l-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>
- Laurenzo Copello, P. (s.f.). *El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*. España.
- Luckman, T. (7 de Febrero de 2014). *Escritura y Verdad*. Obtenido de <http://bit.ly/IsKP1Jy>
- Mendoza, F. (2019). *El proceso inmediato en el delito de omisión a la asistencia familiar*. Lima: Instituto Pacífico.
- Mezger. (s.f.). *Manual de Derecho Penal*.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. España.
- Monago, G. (2015). *Delito de incumplimiento de obligación alimentaria y la carga procesal en la segunda fiscalía provincial penal corporativa de Huánuco*. Universidad de Huánuco, Huánuco.
- Moreno Catena, V., & Cortés Domínguez, V. (2005). *Derecho procesal penal*. España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.

- Nakazaki, C. (18 de Mayo de 2019). *LEGIS PASIÓN POR EL DERECHO*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/omision-a-la-asistencia-familiar-capacidad-economica-se-debe-probar-en-sede-penal/>
- Peña, R. (1994). *Tratado de derecho penal. Estudio pragmático de la parte general*. Lima: Grijley.
- Peña, R. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Grijley.
- Proceso inmediato reformado. Legitimación y Alcances, A.P. EXTRAORDINARIO N° 2-2016/CIJ-116 (SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA 2016).
- Quilla, D., & Zavaleta, C. (2015). *La omisión de prestación de alimentos. ¡Un delito que no debemos olvidar!* Lima: Actualidad Penal.
- Quiroz Salazar, W. (2014). *La prueba del dolo en el proceso penal acusatorio garantista-Atribución, acreditación en juicio oral y probanza judicial*. Lima: IDEAS SOLUCIÓN.
- Ragués I Vallés, R. (2001). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal-Parte General*. Lima: Insituto Pacífico S.A.C.
- Rivera Morales, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*.
- Rojas, F. (2002). *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Lima: Idemsa.
- Roxin, C. (2000). *Política Criminal y estructura del delito*. Alemania.
- Roxin, C. (2010). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Salas, J. (2016). *Reflexiones sobre el proceso inmediato en flagrancia y otros supuestos en aplicación del Decreto Legislativo N ° 1194*. Lima: Gaceta Penal.
- Salinas , R. (2018). *Derecho penal. Parte Especial*. Lima: Iustitia.
- SALINAS SICCHA, R. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Silva Sánchez, J. (2004). *El artículo 11 del Código Penal español*. Lima: Grijley.
- Silva Sánchez, J. (s.f.). *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*. España: Estudios de Derecho Penal.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los Hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2010). *Consideraciones sobre prueba y motivación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Terragni, M. (2009). *Dolo eventual y culpa consciente*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Tumbes, S. d. (22 de Diciembre de 2010). *Legis Pasión por el Derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/la-fiscalia-esta-la-obligacion-probar-la-condicion-economica-de-l-imputado-delito-omision-la-asistencia-familiar/>

Vinelli, R. (2019). *LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL SUJETO OBLIGADO COMO PRESUPUESTO DEL DELITO DE OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR*. Lima: Instituto Pacífico.

Welzel , H. (2006). *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo: B de b.

Zaffaroni, Alagia, & Slokar. (s.f). *Derecho Penal. Parte general*.

Zota, A. (2016). *Inasistencia alimentaria una aproximación desde la justicia interseccional*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/59673>

ANEXOS

ANEXO 1-A**Ficha de recolección de datos**

Ficha de recolección de datos

Exp. N°Procedencia.....

- a) Del Hecho imputado
 - a.1.- Imputado y agraviado
 - a.2.- Fecha de comisión
 - a.3.- Hechos

b) Del tipo de sentencia

b.1.- Condenatorias con pena efectiva

b.2.- Condenatorias con pena suspendida

b.3.- Condenatorias con reserva de fallo condenatorio

c) Sentencias donde se ha analizado el dolo, para la condena (fs.....)

SI	NO

c.1.- Se desarrollo un análisis sobre el tema del dolo.

SI	NO

c.2.- Se ha usado un formato genérico sobre el dolo y las categorías del delito.

c.3.- No han mencionado nada del dolo ni de las categorías del delito.

SI	NO

c.4.- Se ha fundamentado el dolo desarrollando la teoría del delito.

SI	NO

c.5.- Se ha fundamentado el dolo con la sola remisión de copias.

SI	NO

ANEXO 1-B

Tabla para la recolección de datos

Pieza Procesal	Sentencias Condenatorias con pena efectiva	Sentencias Condenatorias con pena suspendida	Sentencias condenatorias con reserva de fallo condenatorio
Primer Juzgado Penal Unipersonal	01	12	
Segundo Juzgado Penal Unipersonal (Liquidador NCPP)		05	02
Total	01	17	02

ANEXO 1-C

Presupuesto

Concepto	Total (S/.)
BIENES	
Materiales de escritorio	250.00
Materiales de procesamiento de datos	200.00
Materiales fotográficos	250.00
Impresiones	100.00
Sub total	800.00
SERVICIOS	
Pasajes y viáticos	300.00
Movilidad local	100.00
Impresiones	50.00
Encuadernación	150.00
Publicaciones	100.00
Sub total	700.00
Imprevistos 10%	70.00

TOTAL S/.	1570.00
-----------	---------

ANEXO 1-D

CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	Meses					
	Febrero	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto
Elaboración del proyecto	X	x				
Aprobación			x			
Recolección de datos			X	X		
Procesamiento de datos			X	X		
Consolidación					X	
Informe final						X
Presentación y revisión						x
Sustentación						x

ANEXO 1-E**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

Problema	Objetivos	Hipótesis	Marco Teórico	Variables	Metodología
----------	-----------	-----------	---------------	-----------	-------------

<p>Problema General</p> <p>¿Por qué los Jueces de los juzgados penales liquidadores de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, no fundamentan en sus sentencias condenatorias, el tema del dolo y su prueba, para condenar legítimamente?</p> <p>Problemas Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Por qué los Jueces Penales no fundamentan adecuadamente el dolo, basados en la teoría del delito, específicamente e las categorías 	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar si los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, analizan adecuadamente, el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia</p> <p>Objetivos Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por parte de los Jueces Penales, se debe al desconocimiento de la teoría del delito, 	<p>Hipótesis General</p> <p>Los jueces penales en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, no analizan adecuadamente, el tema del dolo, para concluir por la responsabilidad penal del acusado y de esa manera legitimar su sentencia.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <ul style="list-style-type: none"> -La falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, por parte de los Jueces Penales, es porque desconocen la teoría del delito, específicamente las 	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes del Problema <ul style="list-style-type: none"> -Delito de Omisión a la ---Asistencia Familiar -Antecedentes -Naturaleza Jurídica -Descripción Típica -Delito de Peligro Abstracto -Bien Jurídico -Tipicidad Objetiva -El Sujeto Activo -El Sujeto Pasivo -Resolución Judicial -La capacidad económica del sujeto activo -Tipicidad Subjetiva -Antijuridicidad -Culpabilidad -El Proceso inmediato en el delito de omisión a la asistencia familiar <ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes de la teoría del delito <ul style="list-style-type: none"> -Concepto de delito -Las categorías del delito -La tipicidad 	<p>El delito de omisión a la asistencia familiar</p> <p>Es un tipo penal derivado de un proceso civil de alimentos, que tiene como fin tutelar los bienes jurídicos de deberes de asistencia.</p> <p>El dolo</p> <p>Es un concepto jurídico que está compuesto por dos elementos, el conocimiento y la voluntad.</p>	<p>Método: Hermenéutico</p> <p>Tipo: Socio-jurídica</p> <p>Población:</p> <p>La totalidad de las sentencias condenatorias de los Juzgados Unipersonales y Liquidadores de la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año 2017.</p> <p>Muestra:</p> <p>Las 20 sentencias condenatorias de los Juzgados Unipersonales y Liquidadores de la Corte Superior de Justicia de Junín durante el año 2017.</p> <p>Instrumento:</p>
--	---	--	---	--	---

<p>del delito y sus elementos en las sentencias condenatorias?</p> <p>- ¿Por qué los Jueces Penales no fundamentan adecuadamente el dolo, y solo se remiten a las copias del proceso de alimentos para concluir que el delito ya está consumado?</p>	<p>específicamente las categorías del delito y sus elementos.</p> <p>-Determinar si la falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, es porque consideran que, con la sola remisión de las copias, el delito ya está consumado</p>	<p>categorías del delito y sus elementos.</p> <p>-La falta de fundamentación del dolo en las sentencias condenatorias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, es porque consideran que, con la sola remisión de las copias, el delito ya está consumado.</p>	<p>-La Antijuridicidad -La Culpabilidad -El Tipo Penal</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Dolo <p>-Concepto -Elementos -Clases de Dolo -Los Elementos adicionales al dolo -El dolo en los delitos omisivos -El dolo desde la perspectiva normativa (probanza)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición conceptual 		<p>Sentencias Condenatorias</p>
--	---	--	---	--	---------------------------------

