CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

TERCERA SALA PENAL SUPERIOR

EXPEDIENTE N° 6841-2018-0

Sumilla. Por regla general el ejercicio de la acción penal en los delitos de omisión a la asistencia familiar debe realizarse a través del proceso especial inmediato como lo exige el artículo 446.4 del Código Procesal Penal; con excepción de aquellos casos en que culminada las diligencias preliminares no haya evidencia delictiva ni ausencia de complejidad, siendo necesario encausarlo como proceso común con habilitación de los plazos propios de la etapa de investigación preparatoria y de la etapa intermedia, en resguardo de las garantías procesales de defensa y de tutela jurisdiccional, debiendo para ello el Fiscal cumplir con el deber de motivar en la disposición de formalización de investigación preparatoria las razones que sustentan la excepcionalidad para prescindir del proceso inmediato como lo prescribe el artículo 122.5 del Código Procesal Penal.

AUTO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS
Trujillo, nueve de mayo del dos mil diecinueve

Imputado : Purificación Ivan Chávez López
Delito : Omisión a la asistencia familiar
Agraviada : Thalía Chávez Rodríguez
Procedencia : Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo
Impugnante : Ministerio Publico
Materia : Apelación de auto que declaro de oficio la excepción naturaleza de juicio.
Especialista : Luz María Salvador Villacorta

VISTOS: El recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Daniel Macedo Rabines de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, contra la resolución número uno de fecha veinticinco de setiembre del dos mil dieciocho, emitida por el Juez Francisco Alexander Gavidia Gavidia del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio por el delito de omisión a la asistencia familiar seguido contra el imputado Purificación Ivan Chávez López, en agravio de la menor Thalía Chávez Rodríguez representada por su madre Gissela Ivan Chávez López y ordenó que se adecúe la presente causa del proceso penal común al proceso especial inmediato. La audiencia de apelación de auto se realizó el veintidós de abril del dos mil diecinueve, en la sala de audiencias de la Tercera Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con la presencia de los Jueces Superiores Titulares Sara Pajares Bazán, Carlos Merino Salazar y Giammpol Taboada Pilco (Director de Debates); el Fiscal Superior Héctor Martín Rebaza Carrasco y el defensor público Paúl Eduardo Agurto Peralta por del imputado.

legis.pe

viene como ponente el Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**.

ANTECEDENTES:

1. Con fecha *veinte de setiembre del dos mil dieciocho,* el Fiscal Provincial Juan Alexander Huamán Rojas (Fiscal Adjunta responsable Miriam Karol García Zavala) de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, presento al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria contra el imputado Purificación Ivan Chávez López, por el delito de omisión a la asistencia familiar tipificado en el artículo 149, primer párrafo del Código Penal, en agravio de la menor Thalía Chávez Rodríguez representada por su madre Gissela Ivan Chávez López.

2. Con fecha *veinticinco de setiembre del dos mil dieciocho,* el Juez Francisco Alexander Gavidia Gavidia del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, mediante resolución número uno declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio prevista en el artículo 6.1.a del Código Procesal Penal, por haberse dado una sustanciación distinta a la prevista en el artículo 446.4 del Código Procesal Penal para el delito de omisión a la asistencia familiar tipificado en el artículo 149, primer párrafo del Código Penal, instando a la Fiscalía la incoación (presentación de requerimiento) del proceso especial inmediato ante el Juez competente, dentro del plazo de un día hábil, bajo responsabilidad.

3. Con fecha *dos de octubre del dos mil dieciocho,* el Fiscal Provincial Daniel Macedo Rabines (Fiscal Adjunta responsable Miriam Karol García Zavala), presentó recurso de apelación contra el auto contenido en la resolución número uno de fecha veinticinco de setiembre del dos mil dieciocho que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, solicitando que se revoque la recurrida y se tenga por presentada la disposición de formalización de investigación preparatoria por el delito de omisión a la asistencia familiar, argumentando que el Juez *a quo* ha atentado contra la autonomía del Ministerio Publico y contra el principio de exclusividad del ejercicio de la acción penal, desconociendo la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la Casación N° 244–2016/La Libertad de fecha veinte de julio del dos mil dieciocho, la cual fue emitida en merito a un auto en un caso similar generado por el mismo Juzgado.

4. Con fecha *nueve de octubre del dos mil dieciocho,* mediante resolución número dos se concedió la apelación y se elevó los actuados al Superior en grado. Luego, con fecha *diecisiete de diciembre del dos mil dieciocho,* la Tercera Sala Penal Superior de La Libertad corrió traslado del recurso de apelación. Luego con fecha *once de marzo del dos mil diecinueve* admitió el recurso de apelación y señalo fecha para la audiencia de apelación de auto para el *veintidós de abril del dos mil diecinueve,* la misma que se realizó con la concurrencia del Fiscal Superior reafirmando su pretensión impugnatoria de revocatoria del auto apelado, mientras que el defensor público del imputado solicito que sea confirmado.

CONSIDERANDOS:

Investigación preliminar

Con fecha *diecinueve de marzo del dos mil doce*, Gissela Raquel Rodríguez Mariños interpone demanda de alimentos a favor de su menor hija Thalía Chávez Rodríguez contra Purificación Ivan Chávez López, generando el Expediente N° 884–2012–0–1601–JP–FC–06. Mediante resolución número uno de fecha veintiuno de marzo del dos mil doce la demanda es admitida por el Sexto Juzgado de Paz Letrado de Trujillo vía proceso único. El día *dos de mayo del dos mil doce* Purificación Ivan Chávez López contesta la demanda señalando como domicilio real Sector Lunar alto s/n, jurisdicción de Buena Vista, provincia de Chao, distrito de Virú, departamento La Libertad, y en el anexo de la declaración jurada señalo como domicilio el Sector de Santa Elvira – jurisdicción de Buena Vista, distrito de Chao, provincia de Virú, departamento La Libertad. Con fecha *dieciocho de julio del dos mil doce*, mediante resolución número cuatro (sentencia) se ordenó a Purificación Ivan Chávez López acuda a su menor hija Thalía Chávez Rodríguez con una pensión mensual de doscientos veinte soles. Con fecha *doce de diciembre del dos mil diecisiete* mediante resolución número treinta y cinco se aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas e intereses legales por la suma de seis mil setecientos noventa y cuatro soles con doce céntimos. Con fecha *cinco de abril del dos mil dieciocho* mediante resolución número treinta y seis se remitieron copias certificadas al Ministerio Publico ante el incumplimiento de pago de alimentos.

6. Con fecha *veintiuno de mayo del año dos mil dieciocho*, la Fiscal Provincial María Edisa Malaver Prieto (Fiscal Adjunta responsable Giuliana Elaine Gutiérrez Meléndez), dispuso la apertura de investigación preliminar en la carpeta fiscal N° 2865-2018 por sesenta días contra Purificación Ivan Chávez López por el delito de omisión a la asistencia familiar en la modalidad de incumplimiento de obligación alimentaria tipificado en el artículo 149, primer párrafo del Código Penal, en agravio de su menor hija Thalia Chávez Rodríguez representada por su madre Gissela Raquel Rodríguez Mariños. Se ordenaron los siguientes actos de investigación: **1)** Citación para la declaración del denunciado Purificación Ivan Chávez López, **2)** Citación para la declaración de la denunciante Gissela Raquel Rodríguez Mariños, **3)** Citación a la denunciante y denunciado a una audiencia de principio de oportunidad, **4)** Oficio al Sexto Juzgado de Paz Letrado de Trujillo para la remisión de copias certificadas del preaviso y constancia de notificación de la resolución número treinta y cinco de fecha doce de diciembre del dos mil dieciséis (aprobación de pensiones alimenticias) signado en el Expediente N° 884-2012 del proceso de alimentos.

7. Con fecha *doce de julio del dos mil dieciocho*, el Fiscal Provincial Juan Alexander Huamán Rojas (Fiscal Adjunta responsable Miriam Karol García Zavala), dispuso la prórroga del plazo de investigación preliminar por sesenta días, considerando que no pudo ser notificada la denunciante en la dirección San Francisco El Lunar, distrito de Chao, provincia de Virú, departamento La Libertad, la cedula de notificación N° 20609–2018 de fecha veinticuatro de mayo del dos mil dieciocho, se devolvió indicando que faltaba el número, lo que no existe según la citada ficha de Reniec. Algo similar sucedió con el denunciado, cuya cédula se dirigió a su domicilio de Reniec ubicado en Víctor Raúl N° 597, distrito de Chao, provincia

de Virú, departamento La Libertad, sin embargo, la cedula de notificación N° 20608–2018 de fecha veinticuatro de mayo del dos mil dieciocho fue devuelta indicando que el número no existe. En resumen, las partes (denunciante y denunciado) no tomaron conocimiento de las diligencias dispuestas por el Despacho Fiscal, razón por la cual ninguna de las diligencias pudo llevarse a cabo, siendo necesario continuar con la investigación para que dicho fin se cumpla.

Notificación de las diligencias preliminares

8. El artículo 155 del Código Procesal Civil prescribe que el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Es más, las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a ley. En el mismo sentido, el artículo 42 del Reglamento del Nuevo Despacho Judicial del Módulo Penal Corporativo de las Cortes Superiores de Justicia de La República precisa que el acto de notificación tiene por finalidad poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las resoluciones judiciales, las cuales producen efectos en virtud del acto de notificación que tiene lugar con la constancia de su entrega física o virtual.

9. El Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones entre Autoridades del Ministerio Público señala que el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las disposiciones y los requerimientos fiscales (artículo 5). Las disposiciones y requerimientos fiscales producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo a Ley y al presente Reglamento (artículo 8). Las disposiciones que obligatoriamente deben ser notificadas son la disposición que promueve investigación preliminar, disposición de prórroga del plazo de la investigación preliminar, disposición de formalización de investigación preparatoria, entre otras (artículo 11).

10. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 1428-2002-HC/TC, de ocho de julio del dos mil dos, ha señalado que detrás del acto procesal de la notificación subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales. Sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Sólo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, tras la irregularidad en su tramitación, se alcanza que el justiciable ***quede en estado de indefensión.*** Si, por cualquier circunstancia, ello no sucede, y el justiciable ha podido ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, entonces, tal irregularidad debe entenderse como sanada y, por tanto, ***convalidada*** [fundamento 5].

11. En el presente caso, el Ministerio Público en la disposición de prórroga del plazo de investigación preliminar de fecha doce de julio del dos mil dieciocho, reconoció expresamente que la denunciante y el denunciado no tomaron conocimiento de las diligencias dispuestas por el Despacho Fiscal en la disposición de investigación preliminar, razón por la cual ninguna de las

diligencias pudo llevarse a cabo. En el mismo sentido, el Ministerio Público en su recurso de apelación complemento sobre la falta de notificación que:

> "A nivel de la etapa preliminar fueron devueltas sin diligenciar las cédulas dirigidas a las partes, lo que se traduce en que –principalmente- el ***investigado hasta la fecha no conoce la existencia de la investigación fiscal,*** por ende no le ha sido posible ejercer su derecho de defensa" [fundamento 3].
>
> "Lo anterior no pudo lograrse con el denunciado dado que sus cédulas fueron devueltas sin diligenciar, consignando en las observaciones que faltaba un dato, lo que se contradice con las constancias de notificación corrientes a nivel del proceso de alimentos, pues en ellas –sin necesidad del dato exigido- fue notificado el investigado, de manera que se hace necesario agotar la ubicación del domicilio real del investigado, brindándole la oportunidad legítima defenderse, no pudiendo decretar aún la notificación por edictos en razón a que no es que el domicilio no existía, sino que indebidamente el órgano a cargo de la notificación exige un dato que no es necesario pues, se reitera que el órgano judicial logró notificarle sin necesidad de dicha reseña" [fundamento 4].
>
> "Por tanto, al haberse vencido la etapa preliminar se hacía imperioso continuar con la investigación fiscal a cargo aún del Ministerio Público, lo que permitirá asegurar el acto de notificación válida al imputado, que a su vez viabilizará el ejercicio de su derecho a la defensa, además en caso no sea posible hacerlo por vía regular, se contará con el plazo necesario para que la misma Fiscal responsable se constituya al lugar y verifique si el domicilio existe o no, si se logra ubicar al investigado, y en caso no sea posible pues quedará habilitado recién el acto de notificación por edictos, lo que sólo puede hacerse dentro de una etapa de investigación, desconocer ello, y precipitarse a la presentación de un requerimiento de proceso inmediato, tendría como consecuencia su desestimación por ***no haberse logrado el acto de notificación válido del investigado,*** retrasando aún más el proceso, desnaturalizando la esencia del inmediato" [fundamento 5].
>
> "Siendo así, y no obstante la exigencia de la norma procesal penal en la presentación del requerimiento de proceso inmediato en los delitos de omisión a la asistencia familiar, debe entenderse que ésta procede siempre y cuando se haya asegurado el ejercicio de los derechos de las partes, principalmente del imputado a quien se le someterá a un juicio penal célere, debiendo mínimamente haber tenido la posibilidad de defenderse del hecho atribuido para lo cual lo primero debe conocerlo, lo que no sucede en el presente caso, y es en la ***etapa de investigación preparatoria que se busca lograr,*** además de posibilitar la obtención de otros elementos de convicción" [fundamento 6].

12. Resulta suficientemente claro que el imputado Purificación Ivan Chávez López y la agraviada Gissela Raquel Rodríguez Mariños no fueron notificados con la disposición de investigación preliminar, ni tampoco con la disposición de

prórroga del plazo, no pudiendo llevarse a cabo las diligencias programadas como la declaración del denunciado, la declaración de la denunciante y la citación a una audiencia de principio de oportunidad. No obstante la falta de notificación al imputado de la investigación preliminar, el Ministerio Público de manera pretoriana procede a emitir la disposición de formalización de investigación preparatoria en la creencia errónea que tal defecto procesal puede ser subsanado más adelante en la etapa de investigación preparatoria, cuando lo correcto es que con prescindencia de la clase de proceso a ser incoado (común o especial), el Fiscal tiene la obligación de notificar válidamente al imputado la existencia de una investigación preliminar en su contra, a efectos de permitir el ejercicio del derecho de defensa, máxime si el art. 139.14 de la Constitución Política ha reconocido el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, en concordancia con el artículo IX.1 del Código Procesal Penal.

13. El artículo IX.1 del Código Procesal Penal prescribe que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

14. El artículo 334.3 del Código Procesal Penal establece que en caso de que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o participe, ordenará la intervención de la policía para tal fin. En este sentido, el Informe Policial deberá contener las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación, así como ***la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados*** (artículo 332.3 del Código Procesal Penal). De esta forma se previenen eventuales errores en la determinación de la legitimación pasiva y se confiere al imputado la posibilidad de ejercicio de su derecho de defensa a lo largo de la fase de investigación.

15. Los datos de identidad lo constituyen toda información necesaria para conocer al imputado. El artículo 88.1.a del Código Procesal Penal, entre los datos más relevantes para identificar al imputado están el nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación y también el ***domicilio,*** salvo que se configure un supuesto acreditado de ausencia conforme al artículo 79.2 del Código Procesal Penal, previa realización de diligencias preliminares tendientes a indagar la existencia o no de un domicilio real y actual del imputado. En el presente caso, el Fiscal al advertir la falta de notificación de las diligencias preliminares al imputado por error o imprecisión de su domicilio, estaba en la obligación de cumplir lo previsto en el artículo 334.3 del Código Procesal Penal y ordenar la intervención de la policía para tal fin o realizar las indagaciones motu proprio; sin embargo, no realizo ni lo

uno ni lo otro, optando por judicializar el caso, pese el defecto de las notificaciones al imputado que le impidieron conocer la existencia de una investigación preliminar en su contra, lo cual vulnera de forma manifiesta los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso.

16. La Casación Nº 318-2011-Lima, de veintidós de noviembre del dos mil doce, precisa que la tarea del Ministerio Público una vez conocida la noticia criminal, se inicia con la búsqueda de la verdad sobre la misma, para lo cual deberá realizar diligencias preliminares, conforme así lo establece el artículo 330 del Código Procesal Penal. Así, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por la cual el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, a efectos de elaborar su estrategia acusatorio o desestimar la denuncia [fundamento 2.6]. Son tres los fines de las diligencias preliminares: **i.** Realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles; **ii.** asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e, **iii.** Individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible [fundamento 2.8]. En consecuencia, cualquier otro tipo de diligencias que tuvieran una finalidad distinta a las antes mencionadas constituirían fuera de los parámetros por los cuales se estableció llevar a cabo las diligencias preliminares, según lo previsto en este nuevo modelo procesal, pues de ser así, se estaría pretendiendo llevar diligencias propias de una investigación preparatoria [fundamento 2.9].

17. El Fiscal en la disposición de investigación preliminar por el delito de omisión a la asistencia familiar señalo diversos actos urgentes para determinar si los hechos denunciados son reales, así como para individualizar al presunto imputado y agraviado, en sintonía con la doctrina legal desarrollada en la Casación Nº 318-2011-Lima, más concretamente ordenó como actos de investigación: la declaración del denunciado Purificación Ivan Chávez López y de la denunciante Gissela Raquel Rodríguez Mariños, así como la citación a una audiencia de principio de oportunidad; sin embargo, por deficiencias en la notificación a las partes se frustraron todas estas diligencias. El Fiscal en lugar de requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo las diligencias pertinentes para la identificación del domicilio de las partes de cara a realizar las diligencias urgentes señaladas en su propia disposición de investigación preliminar, opto de manera apresurada por formalizar la investigación preparatoria, sin tener en cuenta la Casación Nº 318-2011-Lima, en cuanto a que las indicadas diligencias –preliminares- tienen como finalidad mediata determinar si el Fiscal debe formalizar o no la investigación preparatoria.

18. Es necesario aclarar que si bien la Casación Nº 144-2012-Ancash, de once de julio del dos mil trece, ha considerado que si bien el plazo de las diligencias preliminares se inicia a partir de la fecha en que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible. Y, que mediante ejecutoria suprema -Casación Nº 66-2010-Puno, de veintiséis de abril del dos mil once-, al referirse al cómputo del plazo de las diligencias preliminares, se estableció como doctrina jurisprudencial que éste son

de días naturales y no hábiles [fundamento 5]. Lo cierto es que el derecho al plazo razonable se concretiza a partir del conocimiento que adquiere el denunciado sobre el hecho punible materia de denuncia, a través de la notificación de la disposición de investigación preliminar. Ello es así, porque el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las disposiciones y produce efectos sólo en virtud de la notificación hecha con arreglo a Ley; tanto así que, el artículo 334.2 del Código Procesal Penal ha reconocido que quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda, lo cual supone evidentemente la previa notificación al imputado del inicio de dichas diligencias.

Formalización de investigación preparatoria

19. Con fecha *veinte de setiembre del dos mil dieciocho,* el Fiscal Provincial Juan Alexander Huamán Rojas (Fiscal Adjunta responsable Miriam Karol García Zavala) de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, presento al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria contra el imputado Purificación Ivan Chávez López, por el delito de omisión a la asistencia familiar tipificado en el artículo 149, primer párrafo del Código Penal, en agravio de la menor Thalía Chávez Rodríguez representada por su madre Gissela Ivan Chávez López, por el hecho punible consistente en que en calidad de demandado ha incumplido la resolución número treinta y cinco de fecha doce de diciembre del dos mil dieciséis expedido por el Sexto Juzgado de Paz letrado de Trujillo en el proceso de alimentos signado con el Expediente N° 884-2012, que ordenó el pago de las pensiones alimenticias devengadas por la suma de S/ 6,794.12 a favor de la parte demandante.

20. Con fecha *veinticinco de setiembre del dos mil dieciocho,* el Juez Francisco Alexander Gavidia Gavidia del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, mediante resolución número uno declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio prevista en el artículo 6.1.a del Código Procesal Penal, por haberse dado una sustanciación distinta a la prevista en el artículo 446.4 del Código Procesal Penal para el delito de omisión a la asistencia familiar tipificado en el artículo 149, primer párrafo del Código Penal, instando a la Fiscalía la incoación (presentación de requerimiento) del proceso especial inmediato ante el Juez competente, dentro del plazo de un día hábil, bajo responsabilidad.

Excepción de naturaleza de juicio

21. Conforme al artículo 6.1.a. del Código Procesal Penal, la excepción de naturaleza de juicio procede cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley, luego el artículo 6.2 del CPP prescribe que en caso que se declare fundada la excepción de naturaleza de juicio, el proceso se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva. Finalmente, conforme al artículo 7.1 del CPP, las excepciones se plantean una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias y se resolverán necesariamente

antes de culminar la Etapa Intermedia y según el artículo 7.3 del CPP, los medios de defensa referidos en este dispositivo, pueden ser declarados de oficio.

22. El término "sustanciación" que proviene de "sustanciar" utilizado en la norma procesal, significa conducir un asunto o juicio por la vía procesal adecuada hasta ponerlo en estado de sentencia, de ahí que la excepción de naturaleza de juicio se limita a regularizar la vía procedimental. Se trata de un remedio procesal que no entra al fondo del asunto, sólo al procedimiento a seguir cuando al delito objeto del proceso penal se le asigna un procedimiento distinto del que por ley le corresponde. No pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal, la calificación jurídico-penal del hecho denunciado o la existencia de requisitos de procedibilidad o perseguibilidad.

23. En el presente caso, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, al haberse sustanciado la acción penal por el delito de omisión a la asistencia familiar como proceso penal común a través de disposición de formalización de investigación preparatoria, cuando lo correcto según el artículo 446.4 del Código Procesal Penal era haberse tramitado como proceso especial inmediato. El Fiscal recurrente considera que dicha decisión judicial atenta contra la autonomía del Ministerio Público y contra el principio de exclusividad del ejercicio de la acción penal. Al respecto, cabe aclarar que conforme al artículo IV.3 del Código Procesal Penal los actos de investigación que practica el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional. De acuerdo al artículo 138 de la Constitución Política, la potestad de administrar justicia se ejercer por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En tal sentido, le corresponde a los Jueces de conformidad con el principio de legalidad asegurar a los justiciables el derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, ninguna persona pueda ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos como lo precisa el artículo 139.3 de la norma fundamental; en caso contrario, queda habilitada en el proceso penal la excepción de naturaleza de juicio reconocida en el artículo 6.1.a. del Código Procesal Penal.

24. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 2211-2012-PHC/TC, de veintiuno de agosto de dos mil doce, ha señalado que la Constitución también establece en su artículo 159 que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como la de emitir dictámenes previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Bajo tal perspectiva, se entiende que el fiscal no decide, sino que más bien pide que el órgano jurisdiccional juzgue, o su caso, que determine la responsabilidad penal del acusado; esto es, que realiza su función persiguiendo el delito con denuncias o acusaciones, pero no juzga ni decide [fundamento 3]. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, o al formular la acusación fiscal se encuentra vinculada al ***principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso,*** tales actuaciones (la denuncia penal, la formulación de la acusación, los requerimientos de la detención preliminar y la prisión preventiva, así como las

incidencias en el proceso investigatorio a nivel fiscal) son postulatorias frente a lo que el juzgador resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad individual que puedan corresponder al procesado [fundamento 4].

25. El Juez de Investigación Preparatoria tiene perfectamente reconocido el remedio procesal denominado excepción de naturaleza de juicio cuando el Fiscal ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley, sin una motivación cualificada que lo justifique, por ejemplo, la inconcurrencia de los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad o simplicidad, para incoar el proceso especial inmediato habilita al Fiscal a disponer la formalización de la investigación preparatoria en el proceso común, pese a encontrase dentro de las causales de procedencia imperativa previstas en el artículo 446 del Código Procesal Penal, a saber: delito flagrante, delito evidente, delito confeso y delito taxativo (omisión a la asistencia familiar y conducción de vehículo en estado de ebriedad). Por tanto, el Juez en resguardo del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional está en la obligación de realizar un control de constitucionalidad y de legalidad al ejercicio de la acción penal, cuando el Fiscal decide sin motivación alguna, inaplicar una norma imperativa de orden público sobre el procedimiento previsto en la ley para determinados delitos, transgrediendo de ésta manera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

26. A mayor abundamiento sobre el control de legalidad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, el artículo 6 del Código Procesal Penal ha reconocido diversos medios técnicos de defensa, clasificados en dilatorios y perentorios, para atacar la potestad represiva durante la investigación preparatoria, e incluso más adelante en la etapa intermedia, el artículo 344.2 del Código Procesal Penal también ha previsto diversas causales de sobreseimiento del proceso para evitar su continuación a la etapa del juicio oral. Todos estos mecanismos pueden ser propuestos por el imputado o ser declarados de oficio por el Juez, lo cual demuestra claramente que el Ministerio Público no está exento de control judicial en el ejercicio de sus facultades persecutoras del delito, sin que ello afecte en modo alguno su autonomía, como lo sugiere el recurrente. La excepción de naturaleza de juicio constituye uno de esos mecanismos legales de control jurisdiccional específicamente dirigido a detectar el error en la vía procedimental incoada por el acusador para la tramitación de determinado delitos, como acontece en el caso de autos al haberse tramitado en el proceso común el delito de omisión a la asistencia familiar, cuando por ley corresponde al proceso especial inmediato.

Casación N° 244-2016/La Libertad

27. El Ministerio Público ha invocado como fundamento de su recurso de apelación la doctrina jurisprudencial desarrollada en la Casación N° 244-2016/La Libertad de veinte de julio de dos mil dieciocho, la cual resulta impertinentes al caso de autos, en razón que la misma fue emitida en el marco de un proceso penal común por el delito de microcomercialización de drogas en agravio del Estado, por el hecho punible consistente en que el dos de diciembre de dos mil quince, a las veintiún horas, personal policial procedió a la detención de Elmer Javier

Cruz Romero en posesión de sesenta y tres envoltorios de papel periódico tipo “kete”, correspondiente a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 15,07 gramos, así como monedas de baja denominación. En dicho proceso, el Juez de Investigación Preparatoria de Trujillo declaro de oficio la excepción de naturaleza de juicio al haberse dispensado al proceso, por parte del Fiscal, una sustanciación distinta a la prevista en forma expresa y clara en la ley, en consecuencia, adecuó el trámite de la causa del proceso penal común al trámite del proceso especial inmediato, por tratarse de un caso de detención policial en flagrancia delictiva, prevista en el artículo 446.1-A del Código Procesal Penal.

28. La Casación N° 244-2016/La Libertad señalo que la decisión de los Jueces de primera y segunda instancia que declararon fundada la excepción de naturaleza de juicio, en la que dispusieron la adecuación del proceso a especial inmediato, resulto reductiva del derecho del Ministerio Público a probar los hechos que imputa, y por tanto tal decisión se halla afectada de nulidad, tanto más si se ha producido afectación al principio acusatorio, pues la potestad de los fiscales de incoar el proceso inmediato la ejercen cuando cuenten con suficientes elementos probatorios aun tratándose de flagrancia delictiva. El presente caso, trata sobre la comisión del delito de microcomercialización de drogas, en el que resulta necesario contar con la ***pericia química*** que determine tanto la cantidad como la calidad de los estupefacientes incautados, la que no se hubiera podido realizar en el plazo establecido en un proceso especial [fundamento 6].

29. En base al caso específico de flagrancia delictiva por el delito de microcomercialización de drogas en el que todavía no se ha obtenido la pericia química que determine tanto la cantidad como la calidad de los estupefacientes incautados, la Casación N° 244-2016/La Libertad estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que en el Acuerdo Plenario N° 2-2016-CIJ-116, que el juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción grave. El proceso inmediato consta de dos fases procesales: la audiencia de incoación y la audiencia única de juicio; la solicitud procesal de incoación del proceso inmediato, se encuentra sujeta a dos momentos procesales, siendo el primero de ellos, que se trate de un delito flagrante, que el imputado se encuentre sujeto materialmente a una detención efectiva y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. Se contempló también el caso que la prueba pericial, resulte fundamental para la acreditación del delito y citó como casos, solo a título enunciativo, el tráfico ilícito de drogas, entre otros varios en que la prueba pericial es especialmente relevante [fundamento 9].

30. Para casos en que pueda surgir una incidencia respecto al trámite de un proceso, sea común o sea inmediato, es preciso dejar establecido que si bien los medios de defensa técnicos como las excepciones, pueden resolverse de oficio por el Juez, ello debería tener lugar luego de un análisis concienzudo no solo de las

circunstancias de la intervención en flagrancia, para decidir el proceso inmediato, sino y además, el de no afectar en general el derecho a la prueba y en específico el principio acusatorio que permite al fiscal, como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba, conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, decidir la investigación preparatoria para el acopio de los elementos probatorios necesarios que hagan exitosa la prosecución de la acción penal y consecuentemente la efectivizarían del *ius puniendi* (derecho a sancionar), cuando no cuente con aquellos para incoar un proceso inmediato [fundamento 10].

31. La doctrina jurisprudencial anotada sobre la facultad del Ministerio Público de incoar proceso inmediato en el supuesto de detención en flagrancia del imputado, dependiendo del acopio de elementos probatorios necesarios, resulta totalmente diferente al deber de incoar el proceso inmediato por el delito de omisión a la asistencia familiar previsto en el artículo 446.4 del Código Procesal Penal, en que además, el imputado se encuentra en libertad. Por tanto, resulta impertinente el fundamento jurisprudencial invocado por la parte recurrente para el análisis de un caso distinto a la flagrancia y a la restricción del derecho a la prueba, estando más bien relacionado con los defectos de las notificaciones dirigidos a la parte agraviada e imputada durante la investigación preliminar como ha sido señalado en la disposición fiscal de prórroga del plazo de fecha doce de julio del dos mil dieciocho, lo cual ha generado que el Fiscal formalice la investigación preparatoria con la finalidad de contar con un plazo mayor para realizar las diligencias que quedaron frustradas por la susodicha falta de notificación a las partes.

Delito de omisión a la asistencia familiar y proceso inmediato

32. El Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116, de uno de junio del dos mil dieciséis ha considerado que el proceso inmediato se sustenta, primero, en la noción de ***"simplificación procesal",*** cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de ***"evidencia delictiva"*** o "prueba evidente", lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad —para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia—, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de "evidencia delictiva"; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal [fundamento 7].

33. Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto*:* ***i. de evidencia delictiva*** y ***ii. de ausencia de complejidad o simplicidad,*** a los que se refiere el artículo 446, apartados 1) y 2) del Código Procesal Penal, reclaman una ***interpretación estricta*** de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable -aunque no irrazonablemente- las garantías

procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente [Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116, fundamento 7].

34. La incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el artículo 446.4 del Código Procesal Penal, 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 se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional [Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116, fundamento 15].

35. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria, la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el "no poder cumplir", sino el "no querer cumplir"; es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo, pero son suficientes -vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así- para estimar en clave de evidencia delictiva -y en principio-, la admisión y procedencia del proceso inmediato [Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116, fundamento 15].

36. Siguiendo la doctrina legal del Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116, podemos concluir que si bien el artículo 446.4 del Código Procesal Penal prescribe que el Fiscal también debe solicitar la incoación del proceso inmediato para el delito de omisión a la asistencia familiar, ello está supeditado a la concurrencia de los presupuestos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad, pues por la propia configuración típica del artículo 149 del Código Penal, no basta la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y el objetivo incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, sino que también debe verificarse la posibilidad de actuar como requisito de todo delito de omisión propia, pues lo que se pena no es el "no poder cumplir", sino el "no querer cumplir".

37. Por regla general el ejercicio de la acción penal en los delitos de omisión a la asistencia familiar debe realizarse a través del proceso especial inmediato como lo exige el artículo 446.4 del Código Procesal Penal; con excepción de aquellos

casos en que culminada las diligencias preliminares no haya evidencia delictiva ni ausencia de complejidad, siendo necesario encausarlo como proceso común con habilitación de los plazos propios de la etapa de investigación preparatoria y de la etapa intermedia, en resguardo de las garantías procesales de defensa y de tutela jurisdiccional, debiendo para ello el Fiscal cumplir con el deber de motivar en la disposición de formalización de investigación preparatoria las razones que sustentan la excepcionalidad para prescindir del proceso inmediato como lo prescribe el artículo 122.5 del Código Procesal Penal.

Conclusión

38. Por lo expuesto, se deberá ***confirmar*** el auto apelado que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, al no haber motivado el Fiscal como lo exige el artículo 122.5 del Código Procesal Penal, la inconcurrencia de los presupuestos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad para disponer la formalización de investigación preparatoria en el proceso común, descartando el proceso especial inmediato para el delito de omisión a la asistencia familiar objeto de denuncia; sin embargo, corresponde modificar el extremo final del auto recurrido que otorgó el plazo de un día útil y bajo responsabilidad para adecuar la presente causa al proceso inmediato; en su lugar, corresponde ordenar que el Ministerio Público proceda a notificar válidamente al imputado de la disposición de investigación preliminar y de las diligencias a realizarse. Y al culminar las diligencias preliminares, proceda a la incoación del proceso inmediato como lo exige el artículo 446.4 del Código Procesal Penal, siempre que se cumplan los presupuestos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad señalados en el Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116.

39. Finalmente, conforme al artículo 499.1 del Código Procesal Penal no corresponde fijar costas al estar exento el Ministerio Público, pese a haber interpuesto un recurso impugnatorio sin éxito.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, por **unanimidad:**

CONFIRMAR la resolución número uno de fecha veinticinco de setiembre del dos mil dieciocho, emitida por el Juez Francisco Alexander Gavidia Gavidia del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio por el delito de omisión a la asistencia familiar seguido contra el imputado Purificación Ivan Chávez López, en agravio de la menor Thalía Chávez Rodríguez representada por su madre Gissela Ivan Chávez López, **MODIFICÁNDOLA** ordenaron que el Ministerio Público proceda a notificar válidamente al imputado de la disposición de investigación preliminar y de las diligencias a realizarse. Y al culminar las diligencias preliminares, proceda a la incoación del proceso inmediato como lo exige el artículo 446.4 del Código Procesal Penal, siempre que se cumplan los presupuestos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad señalados en el Acuerdo Plenario Nº 2-2016/CIJ-116. Sin costas de segunda instancia. **DEVUÉLVASE** los autos al órgano jurisdiccional de origen y

élvase la carpeta fiscal al Fiscal Superior dejándose constancia del acto. **'IFÍQUESE** a las partes procesales.-

S.S.
PAJARES BAZAN
MERINO SALAZAR
TABOADA PILCO

legis.pe