

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES

3° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE: 06094-2014-48-0401-JR-PE-04

ESPECIALISTA: GIOVANA CANO VALENCIA.

INVESTIGADO: JUAN JOSE CRUZ CAYA

DELITO: OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

AGRAVIADO: JUAN CARLOS CRUZ CONQUEHUANCA Y OTROS.

SENTENCIA DE VISTA N° -2017- 3SPA

Resolución N° 12

Arequipa, cuatro de mayo de dos mil diecisiete.

I. ATENDIENDO:

Al recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, en contra de la sentencia S/N del veintiséis de octubre del dos mil dieciséis, que declaró a Juan José Cruz Caya, autor del delito de omisión a la asistencia familiar y le impuso tres años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva; el objeto de la apelación escrita es la revocatoria de la sentencia; empero en audiencia varía su pedido por el de nulidad. Los fundamentos son los siguientes:

El Ministerio Público en el plenario oral, solicitó se imponga tres años de pena privativa de libertad; sin embargo, el juez impuso tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, sin que esto último haya sido requerida por la fiscalía. El *A quo*, no consideró reincidente al imputado por dos sentencias: **i)** reserva de fallo condenatorio y **ii)** una pena suspendida. Se le impuso tres años de pena privativa de libertad con carácter efectiva, porque: **i)** registra antecedentes penales, **ii)** es agente peligroso e **iii)** incumplió una regla de conducta de «no volver a cometer nuevo delito doloso», por esta razón determinó la pena concreta en el tercio superior. Para la determinación de la pena concreta en uno de los tercios no debe aplicarse la figura de la reincidencia como agravante genérica; asimismo el incumplimiento de la regla de conducta de no volver a cometer nuevo delito doloso -fijado en otro proceso-, no puede ser utilizado para la determinación de la pena, dado que las consecuencias son para el proceso en el que se impuso y no en otro.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Coherencia y pretensión impugnatoria.

1.1. La pretensión impugnatoria está compuesta por elementos subjetivos y objetivos. Para el caso, es necesario sentar las bases de los conceptos procesales que corresponden a los elementos objetivos. Los elementos objetivos de la pretensión son: **i)** el petitorio y **ii)** los fundamentos o agravios¹. La pretensión procesal concreta solo son dos, y deben ser propuestas de manera excluyente; los efectos pretendidos son dos: **a)** revocatoria, y **b)** nulidad; cada efecto pretendido, debe tener coherencia lógica con los fundamentos que lo sustentan; pues los fundamentos- agravios que corresponden a cada efecto jurídico son cualitativamente distintos; así los fundamentos de una pretensión de nulidad se sustentan en razones de invalidez de la relación procesal que impide a los jueces pronunciarse sobre el mérito o fondo del proceso; en cambio, los fundamentos de la pretensión revocatoria tiene como presupuesto la validez de la relación procesal, para pronunciarse sobre el fondo o el mérito del proceso. Por tanto, es un error considerar que los fundamentos de una pretensión de nulidad puedan asistir a una pretensión de revocatoria; sin embargo, es una práctica recurrente; no obstante que son razones esencialmente distintas.

1.2. Sin embargo, la operatividad de los sujetos procesales ha devenido en una desnaturalización de la pretensión impugnatoria, pues muchas veces se propone de manera alternativa, una pretensión de revocatoria o de nulidad con base en los mismos fundamentos. Esta es la situación de incoherencia lógica que se presenta en el caso, pues la defensa ha variado en audiencia la pretensión de una revocatoria por una de nulidad, pero con base en los mismos fundamentos de la apelación escrita. Sin embargo, en esta etapa recursal se tiene al procesado privado de libertad; en ese sentido es urgente resolver con prontitud su situación procesal de manera definitiva. En ese orden, se hace necesario aplicar el principio del *iura novit curia recursal* que tiene expresión operativa en la institución de la suplencia de queja deficiente.

SEGUNDO: Suplencia de queja deficiente² «Nulidad o Revocatoria».

¹ **Artículo 405 literal C:** “para la admisión del recurso se requiere: “c” que se precise las partes o punto de decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y derecho que los apoyen. el recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

² Este instrumento de control constitucional se caracteriza por algunos principios que le dan identidad. Uno de ellos es el principio de estricto derecho que rige el dictado de las sentencias, y que obliga al órgano jurisdiccional a resolver la cuestión planteada únicamente con base en lo aducido por las partes. Como se verá en seguida, esto admite una excepción sumamente relevante para el juicio de garantías: la suplencia de la queja deficiente.

Como se precisó, la suplencia de la queja deficiente constituye una excepción al principio de estricto derecho que rige el juicio de amparo, y consiste en la obligación del órgano de control constitucional de analizar cuestiones no propuestas por la parte quejosa en sus conceptos de violación o en sus agravios o que planteó en

2.1. Base Jurisprudencial:

a. El Tribunal Constitucional ha precisado, que el principio de suplencia de queja deficiente, esta contenido de manera implícita en el artículo VIII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, pues es contenido esencial del principio de *iura novit curia*³; precisa que:

«...la suplencia de la queja deficiente... se trata de la facultad que tienen los jueces (...) para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda...». Y sobre el principio de *iura novit curia* ha señalado que:

«...dicho aforismo, literalmente significa «El Tribunal conoce el derecho» y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso...».

b. Empero el Tribunal ha puesto límites a la procedencia de suplencia de queja deficiente, pues señala que el juez *«... únicamente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos (...) lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda...».* En tanto que, *«...cuando se trate del aforismo iura novit curia, al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso...».* En otras palabras, lo que este principio importa es que, *«... el juez debe calificar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial, prescindiendo de la calificación efectuada por los litigantes. Debe determinar la causa petendi y siempre que no se aparte de los hechos afirmados ni modifique su objeto, puede otorgar lo pedido sobre la base de una calificación de la causa distinta a la que hicieron las partes...».*

2.2. Suplencia de queja y conexión lógica entre el pedido y fundamentos.

forma deficiente y que pudieran resultarle favorables, con independencia de que finalmente lo sean. Esta figura tiene un eminente carácter proteccionista o antiformalista.

³ Expediente N° 05761-2009-PHC/TC: Nuestra legislación coge esta corriente doctrinaria y si bien es cierto no lo ha comprendido de modo taxativo, no es menos cierto que si está presente de modo implícito, pues, nuestro Código Procesal Constitucional sí ha previsto en el artículo VIII de su Título Preliminar el principio del *iura novit curia*, bajo cuyo manto se encuentra subsumida la tantas veces mencionada suplencia de la queja deficiente.

a. Al interponerse una pretensión impugnatoria, se presentan distintos supuestos de falta de conexión lógica entre el petitorio y los fundamentos, así se pretende: **i)** la nulidad de la sentencia, no obstante, que se cuestiona el sentido de la valoración de la prueba que realiza el juez *A quo*, pues el impugnante no está de acuerdo con esa valoración; cuando lo correcto es cuestionar la validez del proceso con un acto procesal por omisión o defecto en la concurrencia de los presupuestos procesales; **ii)** se pretende la revocatoria de la sentencia; sin embargo, se fundamenta en razones de nulidad; esto es razones de invalidez en la configuración del proceso, o de un específico acto procesal; cuando lo correcto era cuestionar el sentido de la valoración probatoria que realiza el Juez, repárese como en ambos casos la falta de conexión lógica es manifiesta.

b. Sin embargo, dado que la calificación jurídica que corresponde a la pretensión impugnatoria solo se limita a dos efectos jurídicos (revocatoria o nulidad), entonces, es factible que ese error de falta de conexión lógica puede ser interpretado correctamente por los jueces de segunda instancia aplicando el *iura novit curia recursal* que se ve expresado en la institución de suplencia de queja deficiente. Esta institución no habilita a que el Colegiado, incorpore razones impugnatorias distintas a la apelación interpuesta, pues con ello afectaría el principio de congruencia recursal; de lo que se trata es de respetar los fundamentos impugnatorios, y adjudicar el efecto jurídico que corresponda conforme a los fundamentos de la apelación.

La excepcionalidad de la suplencia de queja deficiente, en las pretensiones impugnatorias penales, tratándose de sentenciados a pena privativa de libertad efectiva, es imperiosa constitucionalmente, dado que afecta el derecho fundamental a la libertad, además, que está implicado la afectación al derecho fundamental de la doble instancia; en síntesis, el Tribunal Superior puede variar la calificación jurídica de la pretensión impugnatoria, sin modificar los fundamentos de hecho. Este es el caso que se presenta, y que habilita al Colegiado a pronunciarse por el efecto jurídico que corresponda, con base en los fundamentos de la pretensión impugnatoria.

2.3. La indebida variación del efecto jurídico:

a. En el escrito impugnatorio el sentenciado, peticionó el efecto jurídico de que se revoque; sin embargo, en audiencia peticionó el efecto jurídico de la nulidad del extremo de la efectividad de la pena, con base en los mismos fundamentos sometidos al contradictorio con traslado al Ministerio Público. Los fundamentos de la apelación no han sido variados solo el

pedido de revocatoria a nulidad. Sin embargo, es notorio, que los fundamentos de la apelación cuestionan el sentido de la valoración probatoria que realizó el juez *A quo*, como fue planteado en el escrito de apelación -vinculados a la efectividad de la pena-. Por las razones expuestas la Sala considera que el efecto jurídico que corresponde a lo debatido corresponde a la revocatoria y no al de nulidad puesto que no han sido propuestos ni debatidos razones que cuestione la validez del proceso, dado que solo se hizo referencia nominal a una supuesta indebida motivación, pero no se expresó razones concretas al respecto.

TERCERO: Del objeto de impugnación.⁴

3.1. Base normativa y Jurisprudencial:

a. El art. 425.3 literal b del CP, sostiene: «(...) si la sentencia de primera instancia es condenatoria, puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.»

b. Artículo 46 literal f del Código Penal, sostiene: Constituye circunstancia de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: «f»: «reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias generadas del peligro generado».

c. Ejecutoria Suprema Exp. 1721-2000- Lima: «La determinación de la pena no se agota en el principio de culpabilidad sino que, además, la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de ahí que resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico; por tanto, para los efectos de la imposición de la pena al encausado, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código sustantivo».

⁴ “Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege”. El principio de legalidad de las penas es un axioma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecido a su perpetración por una ley escrita y cierta.

d. Artículo 1333 del Código Civil: Pago tardío: «Incurrir en mora el obligado, desde el momento que el acreedor le exija, ya sea judicialmente o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación».

3.2. Fundamentos de la sentencia impugnada

En el presente caso, el Ministerio Público ha solicitado que se le imponga al acusado tres años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva; (...) solicita dicha pena sobre la base de que el acusado debe ser considerado reincidente, dado que tiene dos sentencias condenatorias, en los expedientes 1796-2010-4-0401-JR-PE-03 (le impusieron reserva del fallo condenatorio), y el expediente 3907-2012-1-0401-JR-PE-03 (le impusieron tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo, la cual fue confirmada por sentencia de Vista N° 067-2014); sin embargo, (...) realizando una interpretación *in bonam parte y pro libertatis*, corresponde interpretar dicho precepto legal del Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116⁵ que establece que la pena necesariamente debe ser efectiva; en cuya virtud, no cabe considerarlo como reincidente en la presente causa; (...) en tal sentido, la pena a dosificarse debe estar dentro del marco legal: un marco punitivo mínimo de dos días y un máximo de tres años. Para determinar el tercio se debe tener presente la peligrosidad del agente, pues, sobre la base de las convenciones, ya se le ha sentenciado hasta en dos oportunidades, uno en el expediente N° 1796-2010, y otro en el expediente N° 3907-2012, ambos por el mismo delito; y pese a que anteriormente ya se le sentenció por el mismo delito, éste no ha comprendido el carácter delictuoso de su acto; vale decir, no ha asimilado el valor jurídico del artículo 149° del Código Penal. El acusado tiene antecedentes penales; por tanto, la pena debe ubicarse en el tercer tercio (de dos a tres años), se precisa que la última sentencia N° 148-2013 (exp. 3907-2012) donde se le impone tres años suspendida por el plazo de tres años a condición de que cumpla entre otras esta regla de conducta de «no volver a cometer nuevo delito de similar naturaleza al de la presente causa», el acusado ha vuelto a incurrir en nuevo delito la que es materia de la presente causa por lo que en ningún caso, puede suspenderse la pena por el contrario, esta debe ser efectiva.

3.3. Fundamentos de la impugnación: El Ministerio Público en el plenario oral, solicitó se imponga tres años de pena privativa de libertad; sin embargo, el juez impuso tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, sin que haya sido requerida. El *A quo*, le impuso tres años de pena privativa de libertad con carácter efectiva, porque: i) registra antecedentes penales, ii) es agente peligroso e iii) incumplió una regla de conducta de «no volver a cometer nuevo delito doloso», por esta razón determino la pena concreta en el tercio superior-. Para la determinación de la pena concreta en uno de los tercios no debe aplicarse la figura de la reincidencia como agravante genérica; asimismo el incumplimiento de la regla de conducta de no volver a cometer nuevo delito doloso -fijado en otro proceso-, no puede ser utilizado para la determinación de la pena, dado que las consecuencias son para el proceso en el que se impuso y no en otro.

⁵ F. J N° 12 del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 “*Los requisitos de calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46°-B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69° del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730. Del trece de junio del dos mil seis, son los siguientes: (1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva*”.

3.4. Audiencia de segunda instancia: En la audiencia, la defensa ofreció como prueba tres cupones por concepto de reparación civil. En efecto, se tiene que el procesado ha cumplido con pagar el íntegro de la reparación civil conforme se desprende del cupón N° 2016013402130 por el monto de 4, 817.10 soles; por el cupón N° 2017013400178 por el monto de 1, 000.00 y el cupón N° 2017013400164 por el monto de 10, 000.00 soles. Este acto posterior a la expedición de sentencia de primera instancia, tiene incidencia directa en la determinación de la pena, pues acarrea una nueva circunstancia en este estadio procesal.

3.5. La Sala considera que, el pago tardío de la obligación alimentaria no afecta la imputación concreta por delito de omisión a la asistencia familiar, como en efecto ha sido correctamente valorado por el juez, por tanto, el pago tardío del íntegro de la deuda alimentaria, con posterioridad a la sentencia impuesta no afecta la realización del hecho delictivo; sin embargo, este pago tardío de la deuda alimentaria sí tiene directa incidencia en la determinación concreta de la pena, por mandato del artículo 46 literal f del Código Penal.

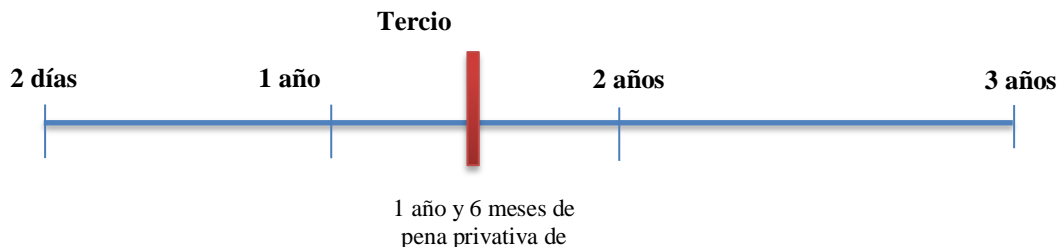
En ese sentido, es relevante citar el auto de vista, expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Moquegua, expediente N° 00303-2014-22-2801-JR-PE-02, caso Aguilera Silva, pues considera los efectos jurídicos del pago tardío para emitir una decisión razonable⁶. En efecto, es indudable que el cumplimiento del mandato judicial, aun tardíamente debe tener un efecto jurídico, ciertamente no en el hecho punible ya configurado, pero sí en la pena impuesta en su sentido cuantitativo o cualitativo.

Con todo lo señalado, el pago tardío es un elemento relevante, para determinar la pena, pues conforme lo señala el art. 46 literal F del Código Penal, es considerado como una atenuante genérica; por consiguiente, sirve para determinar la pena en el marco concreto intermedio. Entonces son dos las circunstancias que tiene el imputado, para determinar la pena concreta; **i)** la circunstancia atenuante genérica – reparación civil-, y **ii)** los antecedentes penales.

No puede considerarse como circunstancia agravante la regla de conducta de «no cometer otro delito» porque ese es un mandato general para todos los ciudadanos y que tiene operatividad solo al interior del proceso en el que se le imputa. Más aún, que nuestro derecho penal es de acto y no de autor, por lo que no se puede considerar para la agravación de la pena hechos de otros procesos, debiendo ser aplicados únicamente los previstos legalmente

⁶ Si bien es cierto este auto de vista está referido a la consideración de la Sala sobre el pago tardío, pero referido a una regla de conducta impuesta en una sentencia que quedó firme. Sin embargo; lo relevante es que asignó efectos jurídicos al pago tardío.

en el art. 46 del CP. Bajo esta premisa, proporcionalmente corresponde fijar la pena en el tercio intermedio del marco concreto, estableciéndose en un año y seis meses de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva.



Conforme se tiene, y estando a que el pago completo de la reparación civil, incide en el núcleo del objeto del proceso, carece de completa razonabilidad que se le imponga una pena efectiva, dado que el pago tardío del total de la deuda alimentaria, es un reflejo de que ha comprendido el mensaje normativo y es previsible que no volverá a incurrir en un ilícito similar, cumpliéndose de esta manera con el carácter de prevención especial que la Constitución asigna a la Pena⁷.

3.6. Conversión de la pena:

a. En atención al pago realizado de la reparación civil fijada, la prolongación de la pena privativa de libertad que viene cumpliendo actualmente; provocaría más efectos negativos, sobre todo si se tiene presente que el sentenciado ya se encuentra afectado por las conductas derivadas de su actuar ilícito, una efectividad de la pena supondría una finalidad meramente retributiva, sin valor constitucional. En este contexto, de conformidad con la facultad discrecional prevista en el último párrafo del artículo 52° del Código Penal⁸ y a fin de lograr una prevención especial, sin perjudicar las exigencias propias de prevención general, resulta atendible determinar una conversión de pena privativa de libertad, al no ser posible la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio.

Convencidos que la pena de prestación de servicios a la comunidad, es la adecuada para el caso presente, se realiza la conversión advirtiendo que siete días de pena privativa de la libertad equivale a una jornada de prestación de servicios de diez horas semanales, conforme al artículo 52° del Código Penal. Efectuada la operación matemática se tiene que dieciocho

⁷ **Art. 139.22 de la Constitución:** El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto, la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

⁸ **artículo 52° del Código Penal**, que establece: “en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva de fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años, en otra de prestación de servicios a la comunidad, a razón de (...) siete días de pena privativa de la libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad”.

meses de pena privativa de la libertad, equivale a setenta y siete jornadas de prestación de servicios, y así corresponde declararlo⁹.

b. Esta pena se cumplirá entre los días sábado o domingo, salvo que el sentenciado manifieste su predisposición de cumplir esta sanción durante otros días de la semana, la misma que se hará efectiva una vez se tenga por cumplida la pena impuesta en el proceso número 3907-2012-1-0401-JR-PE-03. Precisar que, en caso de incumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad, previo requerimiento, se procederá a revocar la conversión dispuesta, y, se dispondrá la ejecución de la pena privativa de la libertad, con el carácter de efectivo, previo los descuentos de la pena, a ese momento cumplido, en la forma prevista en el artículo 53° del Código Penal. En este entendido, corresponde remitirse copias certificadas de la sentencia a la Dirección de Tratamiento de la Dirección Regional del INPE, indicando el domicilio del sentenciado, entidad que deberá informar bimensualmente al Juzgado de investigación preparatoria, sobre el cumplimiento de la pena impuesta, adjuntando el reporte de la entidad receptora de servicios a la comunidad¹⁰. Una vez cumplida totalmente la condena de prestación de servicios a la comunidad, sin haber el sentenciado cometido otro delito doloso, la Dirección de Tratamiento de la Dirección Regional del INPE dará cuenta al juez de investigación preparatoria a efecto de anular los antecedentes¹¹.

SEXTO: Costas de la instancia.

6.1. No corresponde la imposición de costas en esta instancia, en razón a que el impugnante ha tenido motivos atendibles para su apelación, no corresponde disponer su pago.

Por lo que;

III. RESOLVEMOS:

a. DECLARAR, FUNDADA la apelación interpuesta por la defensa técnica del imputado Juan José Cruz Caya, en contra de la sentencia S/N de fecha veintiséis de octubre el dos mil dieciséis, que lo declara autor del delito de omisión a la asistencia familiar, imponiéndole tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva. En consecuencia,

⁹ precisando que el número de jornadas se establece en armonía lo dispuesto en el artículo 33° del Código Penal, por tratarse de una pena sustitutoria.

¹⁰ (artículo 255° y 262° del Código de Ejecución Penal).

¹¹ Artículo 265° del Código de Ejecución Penal.

b. REVOCAMOS la sentencia S/N de fecha veintiséis de octubre el dos mil dieciséis, únicamente en el extremo de la pena que le impone tres años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, **REFORMANDOLA** le imponemos una pena privativa de libertad de un año y seis meses, la misma que la convertimos a setenta y siete jornadas de trabajo a la comunidad debiendo observar los alcances establecidos en el numeral 3.6. literal b de la presente sentencia. Sin Costas de instancia.

SS.

CORNEJO PALOMINO

CACERES VALENCIA

RODRIGUEZ PANTIGOSO