CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.° 833-2019/LAMBAYEQUE
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Inadmisibilidad de plano del recurso de casación
Sumilla. Desde que el Código faculta al fiscal a decidir si abre o no diligencias preliminares y a optar o no a decantarse por la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, el Protocolo de Actuación Interinstitucional de aplicación del proceso inmediato no puede imponer al Fiscal un procedimiento y lógicas de legitimación procesal no autorizadas por una norma con rango de ley. En tal virtud, debe desestimarse de plano el recurso de casación planteado.

–CALIFICACIÓN DE CASACIÓN–

Lima, seis de abril de dos mil veinte

AUTOS y VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado GOMER HERNÁNDEZ DÍAZ contra el auto de vista de fojas diecinueve, de ocho de marzo de dos mil diecinueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas diez, de cinco de diciembre de dos mil dieciocho, declaró procedente la incoación del proceso inmediato en su contra por delito de omisión de asistencia familiar en agravio de Deily Vanessa Hernández Díaz; con lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que, cumplido el trámite de traslado a las demás partes, corresponde examinar si se cumplen las condiciones procesales (presupuestos y requisitos) del recurso de casación, conforme a lo dispuesto por el artículo 430, apartado 6, del Código Procesal Penal.

SEGUNDO. Que, en el presente caso, se está ante un auto interlocutorio recaído en un delito de menor gravedad. Se trata de un incidente respecto del trámite de la causa –proceso inmediato o proceso común– que no pone fin al procedimiento penal o a la instancia. Por tanto, no se cumplen con las exigencias de los apartados 1 y 2, literal a), del artículo 427 del Código Procesal Penal; esto es, la pena por el delito incoado (omisión de asistencia familiar: artículo 149, primer

párrafo, del Código Penal –no mayor de tres años de pena privativa de libertad–), no supera los seis años y un día de privación de libertad; y, como ya se anotó, no se trata de una resolución que permite el recurso de casación.

∞ En tal virtud, es de verificar si se invocó el acceso excepcional al recurso de casación y si las razones que se exponen tienen una especial trascendencia casacional y permiten dictar lineamientos jurisprudenciales para uniformizar la interpretación y aplicación, en este caso, del Derecho procesal, atento a lo prescripto por el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal.

TERCERO. Que el encausado Hernández Díaz en su recurso de casación de fojas treinta y ocho, de veintiséis de marzo de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional –debido proceso y tutela jurisdiccional–, quebrantamiento de precepto procesal –artículo 446 del Código Procesal Penal– y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 2 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ Alegó que se aplicaron normas de menor jerarquía a la propia Constitución; que el Protocolo de Actuación Interinstitucional de aplicación del proceso inmediato, en su punto trigésimo, acotó que el Fiscal, calificada la denuncia, dispondrá abrir diligencias preliminares; que esto último no se realizó porque sin trámite alguno se solicitó la incoación de proceso inmediato omitiendo abrir diligencias preliminares; que además se interpretó incorrectamente el artículo 446 del Código Procesal Penal.

CUARTO. Que si bien el recurrente invocó el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal y señaló al respecto que el Tribunal Superior interpretó literalmente el artículo 446 del Código Procesal Penal y dejó de lado el Protocolo de Actuación Interinstitucional respectivo, omitiendo realizar una interpretación sistemática, de suerte que con ello impidió que en las diligencias preliminares se invoque el principio de oportunidad, es de estimar que las razones enunciadas no permiten reorientar la interpretación y aplicación de las normas específicas del Código Procesal Penal, tanto más si éstas son de mayor jerarquía que las de un mero Protocolo de Actuación Interinstitucional (principio de legalidad procesal).

∞ Es evidente que los preceptos del proceso inmediato reformado deben interpretarse sistemáticamente y las omisiones deben superarse aplicando las reglas generales y, en su caso, del proceso común, siempre que no conspiren con su naturaleza de aceleramiento procesal (analogía). El principio de oportunidad está bajo la gestión del Ministerio Público y su aplicación es discrecional, como facultativa es la decisión de abrir o no diligencias preliminares (artículos 2 y 330 del Código Procesal Penal). En el caso del proceso inmediato, la ley determina en qué supuestos corresponde su incoación y, sin duda, uno de ellos es en los casos de omisión de asistencia familiar –tanto más si las actuaciones vienen escoltadas con los recaudos remitidos por el Juzgado del Orden Jurisdiccional de Familia

correspondiente– (artículo 446, numeral 4, del Código Procesal Penal). Y, respecto de la posibilidad de aplicarse un criterio de oportunidad, ésta, bajo control judicial, puede tener lugar en la Audiencia Única de incoación del proceso inmediato, conforme al artículo 447, numeral 3, del Código Procesal Penal –que abre la legitimación no solo al fiscal sino a las otras partes procesales–. De suerte, que no existe indefensión alguna, digna de merecer una sentencia casatoria que fije una doctrina al respecto, dada la claridad de la ley y la propia lógica del principio de oportunidad y de su fundamento preventivo. En sede preliminar no puede imponerse al Fiscal la aplicación del principio de oportunidad, pues este periodo procesal se abre exclusivamente a instancia del fiscal y tal principio tiene lugar si el Fiscal lo decide –así, incluso, lo entendió el punto treinta del Protocolo de Actuación Interinstitucional de aplicación del proceso inmediato–.

∞ El Protocolo de Actuación Interinstitucional de aplicación del proceso inmediato no puede interpretarse en oposición al Código Procesal Penal –recuérdese que la fuente principal del proceso penal, sin perjuicio de la Constitución, es la ley; rige el principio de exclusividad de ley, por lo que la validez de los actos judiciales depende de que tengan una base legal–. El citado Protocolo regula prácticas de actuación desde la ley, por lo que sus disposiciones siempre deben ser *intra legem*, nunca *preater legem* o *contra legem*. Por tanto, de existir antinomias éstas se resuelven, como es obvio, en favor de la ley: desde que el Código faculta al fiscal a decidir si abre o no diligencias preliminares y a optar o no a decantarse por la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad, el Protocolo no puede imponer al Fiscal un procedimiento y lógicas de legitimación procesal no autorizadas por una norma con rango de ley.

∞ En tal virtud, debe desestimarse de plano el recurso de casación planteado.

QUINTO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartado 5, del Código Procesal Penal, por tratarse de un proceso inmediato.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **NULO** el auto de fojas cincuenta y tres, de veintidós de abril de dos mil diecinueve; e **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el encausado GOMER HERNÁNDEZ DÍAZ contra el auto de vista de fojas diecinueve, de ocho de marzo de dos mil diecinueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas diez, de cinco de diciembre de dieciocho, declaró procedente la incoación del proceso inmediato en su contra por delito de omisión de asistencia familiar en agravio de Deily Vanessa Hernández Díaz; con lo demás que al respecto contiene. **II. ESTABLECIERON** que no procede la imposición de costas al imputado recurrente vencido.

JURISPOL
PODER JUDICIAL

III. DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal de Origen para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ
CSM/abp